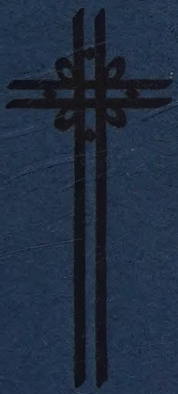
Die Formen der Mitschuld im Vorentwurf zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch

unter

vergleichender Berücksichtigung des Österreichischen und Schweizerischen Vorentwurfs wie des neuen Norwegischen Strafgesetzbuches



Dr. jur. et. rer. pol. Schmalz

Die Formen der Mitschuld im Vorentwurf zu einem neuen Deutschen Strafgesetzbuch

unter vergleichender Berücksichtigung des Österreichischen und Schweizerischen Vorentwurfs wie des neuen Norwegischen Strafgesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

Verfasst und der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der Rechts- und Staats-Wissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Adolf Schmalz
Referendar.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Langensalza
Julius Beltz, Hofbuchdrucker
1913.

Referent: Professor Dr. Fr. Oetker.

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis

unter gleichzeitiger Angabe der gewählten Abkürzungen.

A. Gesetzestexte und Motive.

D. V. E.: Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch.

D. V. E. B.: Begründung zum Vorentwurf zum Deutschen Strafgesetzbuch.

O. V. E.: Vorentwurf zu einem Österreichischen Strafgesetzbuch.

Allg. Bem.: Zu Entwurf I und die Bemerkungen zu den Entwürfen 2—7 eines österreichischen Strafgesetzbuchs.

Sch. V. E.: Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

Verhandl. II: Der Experten-Kommission zum Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuchs.

N St. G. B.: Norwegisches Strafgesetzbuch vom 22. Mai 1902.

G. D. V. E.: Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs; aufgestellt von Liszt, Kahl, Lilienthal und Goldschmidt. 1911.

G. D. V. E. B.: Begründung zum Gegenentwurf I. 1911.

Vergl. Darst.: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts: Allg. Teil 1908.

B. Monographien.

Binding: Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung: Studie tür das künftige Strafgesetzbuch. (Gerichtssaal, Bd. 76.)

Binding: Die Formen des verbrecherischen Subjektes unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und des Entwurfs eines Österreichischen Strafgesetzgebuchs vom September 1909. (Gerichtssaal, Bd. 78, 1911. S. 1 ff.)

Binding: Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch über die Teilnahme. (Gerichtssaal, Bd. 76.)

Binding: Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit. (Gerichtssaal, Bd. 71, 1908. S. 1ff.)

Binding: Grundriß: Allg. Teil. 6. Aufl., 1902.

Oetker: Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen in den Rostocker Juristischen Festgaben für Rudolf von Ihering. Stuttgart 1892, S. 85—221.

Oetker: Zum Schuldbegriffe. G. S., Bd. 72, S. 161 ff.

Oetker: Zum Streite der Strafrechtsschulen. G. S., Bd. 78, S. 81 ff.
v. Birkmeyer: Die Teilnahme am Verbrechen in der Vergl. Darst. Allg. Teil, II. S. 1—159, 1908.
v. Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme. Berlin 1890.
v. Birkmeyer: Studien zn dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen." 1909, Heft 7 der kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform. Herausgeg. von Birkmeyer und Nagler.
Kohler: Teilnahme und Urheberschaft im Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Bd. 58, 1911.
Kohler: Der Deutsche und der Österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzbuchs. Archiv für Strafrecht. Bd. 56, S. 285 ff.
Kohler: Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts. 1909, Heft 11 der kritischen Beiträge zur Strafrechtsreform. Herausg. von Birkmeyer und Nagler.
Kohler: Studien aus dem Strafrecht I. 1890.
von Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze. 1907.
Frank: Strafausschließungs- und Milderungsgründe: Beitrag zur Strafrechtsreform (in Aschrott — v. Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. S. 226 ff.)
Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, G. S. Bd. 72.
Aschrott-v. Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs: Kritische Besprechungen. Allg. Teil, Bd. 1, 1910.
M. E. Mayer: Versuch und Teilnahme: Ein Beitrag zur Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (in Aschrott-v. Liszt, Bd. 1).
Kahl: Das neue Strafgesetzbuch, 1907.
Kahl: Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs. (In der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 16, S. 501 ff.)
Beling: Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch, 1910.
Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, 1903.
v. Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. 2 Bände, 1905.
v. Liszt: Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs. Z. XXX. S. 250 ff.
Finger: Bemerkungen zum Schuldbegriff. G. S. Bd. 72, S. 249 ff.
v. Lilienthal: Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Z. Bd. XXX. S. 224 ff.
Mittermaier: Zum Vorentwurf etnes Reichsstrafgesetzbuchs. Z. XXX. S. 623 ff.
Wach. Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. XV, S. 108 ff.)
Wach: Der Gegenentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (in der Deutschen Juristenzeitung, Bd. 16, S. 958 ff.)

Kantorowicz: Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft: Aschaffenburgs Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform. 7. Jahrg. 5/6 Heft.

Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme, 1909.

Sontag: Der Vorentwurf eines neuen Deutschen Strafgesetzbuches: Kritische Betrachtungen eines Praktikers, 1911.

Hagerup: Weitere Bemerkungen zur legislativen Behandlung der Teilnahme am Verbrechen. Z. Bd. XXX. S. 755 ff.

Hafter: Der neue Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuche. Z. XXX. S. 613 ff.

Köhler: Studien zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, 1910.

Mitteilungen: V und XI der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung: Behandlung der Teilnahme am Verbrechen: Referate von Harburger und Heimberger. (Sitzung zu Dresden vom 4. Juni 1903.)

C. Lehrbücher.

v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 16/17. A. 1908.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1904.

Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 7. A. Neu bearbeitet von Allfeld 1912.

Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1889.

D. Kommentare.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. 5/7. Aufl. 1908.

Olshausen: Kommentar zum Deutschen Strafgesetzbuch. 7. Aufl., gemeinsam mit Zweigert. 1905.

E. Zeitschriften.

Der Gerichtssaal: (G. S.) Zeitschrift für Strafrecht, Strafprozeß und die ergänzenden Disziplinen: Herausgegeben von Oetker und Finger. Bd. 71, 72, 76, 78.

Zeitschrift: (Z.) für die gesamte Strafrechtswissenschaft: Herausgegeben von Liszt und Lilienthal. Bd. 18, 22, 30.

Goltdammers: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß: Herausgegeben von Kohler. Bd. 26, 56, 58.

Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform: Herausgegeben von Aschaffenburg. Bd. 6, 7.

Deutsche Juristenzeitung: Herausgegeben von Laband, Hamm und Heinitz. Bd. 14, 15, 16.

Entscheidungen: des Reichsgerichts in Strafsachen.

Inhaltsverzeichnis.

Einführung.

I.

Das Problem der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 1: akzessorisch — nicht akzessorisch?

§ 2: Folgerung der akzessorischen Teilnahmenatur im Vorentwurf aus dem „Einfluß der persönlichen Umstände."

§ 3: Stellung, Aufbau und Begründung des Systems nach den Motiven.

§ 4: Zusammenfassung: Gesamtkritik und Aufstellung unserer Vorschläge für ein neues Strafgesetzbuch.

§ 5: Vergleichende Herbeiziehung der fremden Entwürfe.

II.

Die einzelnen Formen der Mitschuld.

§ 6: Ist eine Unterscheidung oder Gleichstellung aller Teilnehmer im Gesetz erforderlich?

§ 7: Auf welche einzelne Unterarten hat sich die Auflösung der Teilnahme zu erstrecken?

§ 8: Rechtfertigt sich die Beibehaltung der Beihilfe?

§ 9: Hat die Anstiftung im neuen Strafgesetzbuch der intellektuellen Verursachung zu weichen und ist dabei dem System der Bindingschen „Urheberschaft" zu folgen?

§ 10: Kann das neue Strafgesetzbuch ohne Mittäterschaft auskommen?

§ 11: Die Teilnahmeformen als Mitschuldsformen unter Hinzutritt der Binding'schen „Urheberschaft" wie der „echten" mittelbaren Täterschaft.

§ 12: Welches legislatorische Vorgehen empfehlen wir mit Rücksicht auf die begriffliche Bestimmung der einzelnen Mitschuldsformen?

Schlußworte.

Einführung.

Die einzelnen Mitschuldsformen bilden verschiedenartige Erscheinungsformen der Teilnahme, sie setzen sich ergänzend zu jenem Obergriff zusammen. Erst wenn wir in das Wesen des Allgemeinbegriffes der Teilnahme eingedrungen sind, können wir zum Verständnis seiner einzelnen Unterarten gelangen. Dieser abstrakte, noch nicht in seine einzelnen Formen aufgelöste Begriff wurzelt aber lediglich in der Vorstellung, die mit dem Begriff der Teilnahme von selbst gegeben ist, daß sie stets ein Etwas voraussetzt, worauf sie sich bezieht, zu dem sie dann in einem näher zu bestimmenden Grade in Beziehung tritt. Haben wir für dieses Abhängigkeitsverhältnis erst einen bestimmten Gesichtspunkt gefunden, so haben wir damit zugleich eine einheitliche Basis geschaffen, deren vorherige Festlegung allein eine gleichmäßige konsequente Beurteilung der verschiedenartigen, aus ihrem Oberbegriff herausgerissenen Teilnahmeglieder, möglich macht. Damit ergibt sich aber die Anlage unserer Arbeit und ihre Einteilung in zwei Hauptabschnitte von selbst, von denen ersterer das Problem der Abhängigkeit im Teilnahmesystem, mithin das Wesen der akzessorischen Natur der Teilnahme, zum Gegenstand der Erörterung hat, während der zweite sich dann mit den einzelnen Mitschuldsformen selbst beschäftigt.

I.

Das Problem der akzessorischen Natur der Teilnahme.

§ 1.

Akzessorisch — nicht akzessorisch.

Wir begegnen in der Wissenschaft zwei Arten von Anschauungen, der einen, die die Anerkennung der akzessorischen Natur als mit dem Begriff der Teilnahme von selbst ge-

geben fordert, der anderen, die die Akzessorietät der Teilnahme negiert, bezw. als ein willkürliches Gebilde hinstellt, das man adoptieren könne oder nicht.[1]) Dementsprechend sind auch die Forderungen de lege ferenda, nehmen wir daher zu den beiden Alternativen, jedoch nur, so weit sie eine Grundlage für die künftige Strafrechtsreform abgeben, Stellung, untersuchen wir dann, welchen Standpunkt der Vorentwurf in dieser grundlegenden Frage tatsächlich einnimmt und legen wir an das hier gewonnene Resultat Kritik an unter Berücksichtigung des eingangs gewonnenen Urteils in weiterer kritischer Vergleichung mit der in den vorliegenden fremden Entwürfen getroffenen Regelung der Materie. v. Birkmeyer[2]) geht davon aus, die akzessorische Natur sei mit dem Begriff der Teilnahme von selbst gegeben. Pflegt man als akzessorische Natur der Teilnahme die Abhängigkeit, in der Anstiftung und Beihilfe von der Tat eines anderen, des Täters stehen, zu bezeichnen, und ist die Teilnahme Beteiligung an der von einem anderen begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung, so ist hiernach Teilnahme ohne die Ausführungshandlung eines anderen nicht denkbar, ihre Abhängigkeit von der Täterhandlung, also ihre akzessorische Natur, somit von selbst gegeben.[3]) Ich will gleich hier, wenn auch nur anführungsweise und unter Vorbehalt näherer Ausführungen weiter unten,[4]) bemerken, daß ich es zunächst für eine ganz unzulässige Begriffsverkehrung halte, die Teilnahme als Teilnahme an der strafbaren Tat eines anderen zu deuten. Die Konsequenz, der zuliebe die Annahme überhaupt angenommen ist, ist die, daß der Mittäterschaft unter Eliminierung aus dem Teilnahmebegrift akzessorischer Charakter abzusprechen ist. Wir begnügen uns auch hier mit diesem Hinweis und behalten uns die Begründung für später vor. Dieses akzessorische Wesen ist aber nicht etwa bloß dahin zu verstehen, daß die Strafe der Teilnahme in ihrer Höhe abhängig ist von der Strafe der Täterschaft, sondern in dem Sinne, daß die Teilnahme überhaupt nur strafbar ist, wenn dasjenige Verbrechen, zu welchem sie geleistet wurde, wirklich begangen worden ist. Diese Annahme, daß eine deliktische Handlung wirklich vorliegen müsse, womit sich auch noch der

[1]) Vergl. Darst. Allg. Teil II. Bd. 2, S. 3.
[2]) Vergl. Darst. das. Seite 3 u. 4, 11 u. 12, 36—38, 54 u. 55.
[3]) Begr. z. Vorentw. S. 303.
[4]) s. Seite 12—14.

Gedanke verbindet, die Strafbarkeit des Gehilfen resultiere aus der Unterstützung der strafbaren Handlung des Täters und bestimme sich deshalb inhaltlich nach dem Strafgehalt der Täterhandlung, hat bisher stets den Ausgangspunkt für die ganze wissenschaftliche und gesetzgeberische Behandlung der sogenannten Teilnahme gebildet, und da man sich diese Handlung nicht ohne schuldhaften Täter denken konnte, so schien dieses Problem gar nicht aufzutauchen, falls dieser fehlte. „Ohne Täterdelikt keine Teilnahme!" Hatte etwa der Wahnsinnige einen Brand gestiftet, oder der geisteskranke Richter das Recht gebeugt, so gab es im kriminellen Sinne keine Beihilfe und keine Anstiftung dazu.

Es ist nun neuerdings, — und damit leiten wir zu der Entwicklung der Ansicht der Gegner über, die eine akzessorische Natur der Teilnahme leugnen —, der Versuch gemacht worden, jenen Ausgangspunkt zu erweitern.[1]) Man hat gesagt,[2]) ein Verbot an die Handlungsfähigen, — an die Handlungsunfähigen kann es sich doch nicht richten, da sie es zu befolgen außerstande sind, — einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, hat seinen Grund stets in der Erkenntnis der Unerträglichkeit dieser Erfolgsherbeiführung für die Rechtsordnung überhaupt. Binding[3]) geht hier nicht vom Strafgesetz, sondern von dem ihm zu grunde liegenden Verbot oder Gebot aus und seine entscheidende Frage lautet zunächst nicht: Was soll gestraft werden, sondern was ist verboten. Das Verbot wird erlassen, weil die untersagte Handlung, so weit nicht ausnahmsweise ein Recht oder eine Pflicht zu ihrer Vornahme anerkannt wird, für die Rechtsordnung als unerträglich, das Gebot, weil die Vornahme der anbefohlenen Handlung ihr unentbehrlich, also ihre Unterlassung als unerträglich erscheint. Dieses Urteil über rechtliche Unerträglichkeit bestimmter Handlungen oder Unterlassungen ist die begriffliche Voraussetzung jedes Normenerlasses und zugleich ihr einziges Motiv. Die positiv rechtliche Aussprache jenes Urteils vollzieht sich in der Aufstellung der Norm selbst. Das Verbot erkennt durch seinen Erlaß ausdrücklich an, daß eine menschliche Tat mit diesem Erfolg der Rechtsordnung ganz regelmäßig

[1]) s. Die Abhandl. Bindings über den objektiven Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung. G. S. Bd. 76, S. 1 ff.
[2]) Binding G. S. Bd. 78, S. 6 u. 7.
[3]) Binding G. S. Bd. 76, S. 8.

eine Wunde schlägt. Daraus ergibt sich aber in richtiger Ausdehnung das Verbot an die Handlungsfähigen, jenen Erfolg nicht nur als Täter zu bewirken, sondern auch zu ihm mitzuwirken, wenn er von Unzurechnungsfähigen gesetzt wird. Falls eine den Handlungsfähigen verbotene Handlung von Handlungsunfähigen verübt wird, so liegt das vor, was man allein den objektiven Tatbestand des Verbrechens nennen darf. Die reine Setzung des objektiven Deliktstatbestandes und seine Verwirklichung als Wandlung eines schuldhaft rechtswidrigen Willens in deliktische Tat stimmen in der, wie es Binding[1]) nennt, sachlichen Unerträglichkeit des Geschehnisses für die Rechtsordnung vollkommen überein. Nur gesellt sich im letzten Falle zu der einen Unerträglichkeit noch eine andere, zu der sachlichen noch eine persönliche: Der Rechtsordnung ist nicht nur eine Schädigung, sondern ein Feind erwachsen. Diesen persönlichen Konflikt kämpft sie aus, in dem sie diesen Feind beim Nacken nimmt und ihn unter ihr Joch, d. h. unter die Strafe beugt. Aber dadurch wird die sachliche Unerträglichkeit seiner Handlung weder beseitigt noch auch nur gemildert. Daraus folgert aber Binding mit Recht, daß es nicht eine einzige normuntersagte Handlung oder Unterlassung gibt, die nicht gerade so gut als Delikt durch einen Handlungsfähigen, wie als Nichtdelikt durch einen Handlungsunfähigen verübt werden könnte, und daß sich bei jedem Delikt der objektive Tatbestand in voller Schärfe von dem subjektiven scheiden läßt. Daraus ergibt sich, was die notwendige Voraussetzung der ganzen Untersuchung von der rechtlichen Bedeutung des objektiven Verbrechenstatbestandes bildet, daß sich in der Tat ein klarer Begriff desselben aufstellen läßt, daß insbesondere seine Lösung vom subjektiven Tatbestande sich als möglich ergibt, und daß sich nicht nur die begriffliche Verschiedenheit zwischen dem Verbrechen und seinem objektiven Tatbestande aufstellen, sondern auch die tatsächliche klar und leicht erkennen läßt. Es ist demnach positiv falsch, wenn Merkel[2]) sagt: „Die Tatbestandsmerkmale lassen sich in solche scheiden, welche der inneren Tatseite angehören, und solche, welche der äußeren Tatseite angehören. Jene bilden den subjektiven oder inneren, diese den objektiven oder äußeren Tatbestand der Delikte.“[3]) Man

[1]) G. S. Bd. 76, S. 9. [2]) Lehrbuch S. 34.

[3]) Ähnlich Finger: Lehrbuch I S. 116, der die Unterscheidung als „nicht strikt edurchführbar“ bezeichnet.

kann nicht das Verbrechen in eine innere und eine äußere Hälfte auseinander sprengen. Was vielmehr als objektiver Deliktstatbestand allein bezeichnet werden kann, ist immer Willensverwirklichung, nicht rein äußeres Geschehnis. Binding[1]) kommt somit zu dem Ergebnis: daß eine menschliche Willensverwirklichung, die alle Merkmale des Delikts an sich trägt, außer dem einen, daß der Wille schuldhafter Wille ist, dem objektiven Tatbestand des Delikts abgibt. Zu demselben Resultat kommt auch Nagler,[2]) daß die Objektivität im Strafrecht nur so weit von Erheblichkeit ist, als sie die Erscheinungsform des Willens darstellt. Die Grenzlinie zwischen objektiven und subjektiven Tatbestand verläuft also ganz innerhalb der Willensseite zu der rechtswidrigen Tat, zwischen schuldhaftem und nicht schuldhaftem Wollen derselben, und nicht zwischen dem Inneren des Menschen und der Außenwelt. Binding[3]) bringt als treffendes Beispiel, daß, falls der Wahnsinnige den Irrenarzt erschlägt, der objektive Tatbestand der Tötung vorliegt, nicht aber, falls ein Stier einen Menschen aufspießt. Es ist nun einleuchtend, daß in der Selbstverteidigung der Rechtsordnung gegen diese rechtsfeindlichen Taten Schuld und Unschuld des Täters keinen Unterschied begründen können, daß die Obrigkeit im gleichen Maße wie den Verbrechen auch der Setzung ihrer objektiven Tatbestände gegenüber zur Hinderung verpflichtet ist. Hier greift ergänzend ein, was bereits oben von der Gebots- und Verbotskraft der Norm gesagt worden ist, daß das Verbot an die Handlungsfähigen nicht nur dahin geht, nicht nur als Täter den verbrecherischen Erfolg zu bewirken, sondern auch zu ihm mitzuwirken, wenn er von Unzurechnungsfähigen gesetzt wird.

Gibt es aber ein kriminell verantwortliches Handeln, ohne daß ein Täter im strafrechtlichen Sinne vorhanden sein muß, so erhellt daraus, daß die Strafbarkeit des Gehilfen sich nicht aus der des Täters ableiten läßt, sondern nur daraus, daß er selbst deliktisch gehandelt hat. Damit ergibt sich ferner, daß der Strafgehalt der Gehilfenhandlung sich an erster Stelle bestimmen muß nach dem, was er, nicht was der Täter getan

---

[1]) G. S Bd. 79, S. 13 „objektiver Verbrechenstatbestand ist eben der volle Tatbestand des Verbrechens, gesetzt durch einen Willen, dem das Schuldmoment mangelt."

[2]) Teilnahme: S. 44 Note.

[3]) G. S. Bd. 7, S. 6.

hat.[1]) Ich schließe mich vollkommen der Bindingschen Ansicht an, da sie m. E. den allein richtigen Grundsatz aufstellt, daß von den mehreren zur Setzung eines Verbrechenstatbestandes Zusammenwirkenden jeder genau nach dem behandelt wird, was gerade er gewollt und er getan hat; hiermit deckt sich auch, was Kohler mit Recht in seinen strafrechtlichen Studien[2]) bemerkt: daß das moderne Strafrecht insofern individualistisch ist, als es die Verantwortung für die Schuld lediglich dem Schuldigen aufbürdet, die kriminelle Verantwortlichkeit. Dieser Kulturidee widerspräche es, würde man jemanden an der Verantwortung eines anderen teilnehmen lassen, auch wenn er die schuldhafte Willenserregung durch Motivreizung erweckt hätte und an anderer Stelle[3]) führt er in gleichem Sinne aus: Die Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme ziele dahin, daß jemand in die Haftungssphäre eines anderen hineingetrieben wird und deswegen an der Art und Weise der Haftung dieses Dritten teilnehme. Ein solches Hineintreiben in eine fremde Haftungssphäre ist und bleibt unzulässig, trotzdem der Teilnehmer sich mit Bewußtsein einem anderen anschließt, denn niemand kann seine strafrechtliche Haftung beliebig gestalten: sie ist Sache des Gesetzes mit Rücksicht auf die Eigentätigkeit des Teilnehmers, und nur auf sie. Die akzessorische Teilnahme verstößt daher gegen unser Grundprinzip, wonach jeder in seiner Haftungssphäre bleibt und nur nach den für ihn maßgebenden Haftungsmomenten beurteilt werden darf.

Auch Berolzheimer[4]) kommt bei seiner Betrachtung der Teilnahme de lege ferenda zu dem Schluß, daß wissenschaftlich haltbar, daher für das neue Strafgesetzbuch allein verwertbar die Auffassung ist, die Teilnahmehandlungen auf selbständige Füße stellt. Zu diesem Resultat kommt Berolzheimer nicht aus Erwägungen heraus, die aus der Bestrafung der „Abhängigkeit" resultieren, sondern nur einen Rückschluß bilden aus seiner Auffassung, wonach er in den Teilnehmern lediglich Täter bezw. Mittäter sieht. Da, wie wir unten bei der Behandlung der einzelnen Teilnahmeformen noch sehen werden, seine Generalisierung der Täterschaft bei der Anstiftung zu weit gefaßt ist, während sie bei der Beihilfe überhaupt ent-

[1]) Vergl. hierzu: Begr. S. 306.
[2]) Strafrechtliche Studien I. S. 106 ff.; Goltd. Arch. Bd. 58, S. 2 u 3.
[3]) Kohler: in seiner Abhandl.: Teilnahme u. Urheberschaft.
[4]) Die akzessorische Natur der Teilnahme Seite 14.

fällt, so können wir seinem Vorschlag im Sinne seiner Begründung nicht beistimmen.

Richtig faßt auch Kantorowicz[1]) das Wesen der Teilnahme. Nach ihm ist „die Unselbständigkeit der Teilnahmehandlung, wie schon ihre Verschwisterung mit der Zufallhaftung ahnen läßt, ein Rudiment älterer Strafrechtsstufen, und zwar der Epoche der Kollektivschuld, zugleich ein Recht scholastischer Hypostasierungen: ihr zufolge ist die Schuld und das Verdienst etwas Substantielles, das sich nach Belieben vom Täter ablösen und auf den Teilnehmer übertragen läßt." Das Gegenstück dazu findet Kantorowicz in den widerspruchvollsten und sittlich anstößigsten Teilen der religiösen Dogmatik, der Lehre einerseits von der Erbsünde, andererseits dem stellvertretenden Sühnetod. So kommt auch Kantorowicz dazu, das Mittel aus diesem Wirrwarr, das zugleich auf der großen Linie der Versittlichung und Vergeistigung des Strafrechts liegt, in der Theorie der Verselbständigung der Teilnahme zu finden und damit auch unseren Forderungen gerecht zu werden. Auch er will nichts weiteres, als jeden Teilnehmer für das, „was er, nicht was andere getan oder nicht getan haben", selbständig verantwortlich zu machen.

Die gleiche Meinung weist auch Frank[2]) auf. Er bekennt: „daß er sich mehr und mehr zu einem Gegner der Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme entwickelt habe, denn sie weise jedenfalls das Unbefriedigende auf, daß Strafbarkeit oder Straflosigkeit der einen Person abhänge von dem, was die andere tut oder unterläßt."

Zu unserer Forderung der Verwerfung der akzessorischen Natur der Teilnahme kommen übrigens auch die Anhänger der „modernen Strafrechtsschulen", nur auf einem anderen Wege als wir. Nach ihnen ist das Verbrechen das Produkt zweier Faktoren. Es ist aut der einen Seite Ergebnis der den Verbrecher umgebenden Verhältnisse, „sozialpathologische Erscheinung". Insoweit ist der Verbrecher zwar ethisch verantwortungslos, aber der Staat bedarf gegen ihn der Strafe zur Behauptung seiner Rechtsordnung und zum Zweck des Schutzes der

---

[1]) Kantorowicz: Monatsschr. f. Kriminalpsych. u. Strafrechtsreform VII S. 307.

[2]) Frank: In Aschrott - v. Liszt: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches S. 229.

Gesellschaft. Das Verbrechen ist nach der anderen Seite Ausdruck der rechtsverbrecherischen, antisozialen Gesinnung des Täters. Hier habe die methodische Behandlung der Strafe einzusetzen. Ihr Ziel ist nicht der Erfolg der Tat, sondern die Gesinnung des Täters. „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen,[1]) dieser Satz soll nicht bloß den obersten Grundsatz aller Strafrechtswissenschaft,[2]) sondern auch den „legislativen Leitgedanken"[3]) bilden. Für die Teilnahmelehre bringt nun die Bemessung der Strafe nach der Gesinnung der Mitwirkenden mit sich, daß die Strafbarkeit des Teilnehmers an einem Verbrechen nicht aus dem Verbrechen und der Person des Täters abzuleiten ist, sondern lediglich und allein aus dem, was der Teilnehmer selbst getan und verschuldet hat,[4]) daß also die Lehre von der akzessorischen Natur der Teilnahme aufzugeben ist.[5]) In diesem Sinne hat von Liszt auf der 6. Hauptversammlung der I. K. V. in Linz 1895[6]) auseinandergesetzt: Der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf dem Gebiet der Teilnahme führe dahin, unter Verwerfung der akzessorischen Natur der Teilnahme jeden für das verantwortlich zu machen, was er getan hat. Stimmt nun dieses Resultat mit dem unseren überein, so weicht doch seine Begründung wesentlich von der unserigen ab. Eine Beurteilung dieser Lösung setzt aber unbedingt eine Stellungnahme zu dem Streit der beiden Strafrechtsschulen, der modernen wie der klassischen, voraus. An dieser Stelle mag es nun genügen darauf hinzuweisen, daß ich den Grundsätzen der modernen Schule nicht folgen, somit auch ihre daraus einheitlich resultierenden Konsequenzen, wie die auf die Teilnahme, nicht ziehen kann, wenn ich auch gleich hier bemerken will, daß ich, obwohl auf dem Boden der klassischen Schule, auch die Grundsätze der letzteren, wenigstens in ihrer extremen Seite nicht anerkenne. Ich werde weiter unten bei der Frage des Determinismus und des Indeterminismus, die die Grundprinzipien beider Schulen ab-

---

[1]) Vergl. hierzu v. Birkmeyer: Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht: Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen. 1909 S. 1 ff.

[2]) v. Liszt Strafrechtliche Aufsätze u. Vorträge. Bd 1, S. 307.

[3]) v Liszt ebendas Bd. II, S. 377.

[4]) Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. II, S. 82.

[5]) Vergl. Birkmeyer in der eben cit. Schrift S. 25; Vergl. Darst. S. 5.

[6]) Mitteilungen V der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung S. 514 ff.

geben, Gelegenheit finden, mich zu diesem Streit eingehender zu äußern und zu ihm Stellung zu nehmen.

Es ist, wie Binding[1]) treffend sagt, die höchste Zeit, mit dem häßlichen, innerlich ganz überlebten Dogma der akzessorischen Natur endlich einmal entschieden zu brechen. Mit der Erweiterung des Ausgangspunktes ist nun als praktische Konsequenz der Aufgabe des akzessorischen Charakters vor allem eine Erweiterung des Kreises der strafrechtlich Verantwortlichen nunmehr auch auf Personen gegeben, die man bisher straflos ließ, deren Bestrafung aber der Billigkeit entsprach und in der Wissenschaft als längst erstrebenswert erkannt wurde. Wir erreichen nun, was längst de lege ferenda gefordert wurde, daß auch ohne jede besondere gesetzliche Fixierung infolge der Loslösung der Teilnahme von der akzessorischen Natur die Beteiligung an der Tat eines Unzurechnungsfähigen strafbar wird.

Bereits an dieser Stelle wollen wir dem objektiven Tatbestand, da wir ihm in seiner rechtlichen Wertung unten nicht wieder begegnen werden, eine legislatorische Betrachtung zuwenden. Zeigt sich, daß die Teilnahme zwar eine Haupthandlung voraussetzt, die aber, infolge der Loslösung der ersteren von der akzessorischen Natur keineswegs deliktisch zu sein braucht, sondern auch in der Setzung des objektiven Tatbestandes bestehen kann, so kann diese Auffassung nur dadurch zum Ausdruck kommen, daß in den betreffenden Stellen des Gesetzes, also auch im Abschnitt über die Teilnahme, auf das Dasein des objektiven Tatbestandes besonders Bezug genommen wird. Diese gerade dem objektiven Tatbestande gegenüber zu lösende Aufgabe ist dem Gesetzgeber gar nicht aufgegangen, dem Ausleger seines Werkes fehlt aber jede Berechtigung, da, wo dieser von strafbaren Handlungen spricht, plötzlich das Schuldmoment als eliminiert zu betrachten. Das künftige Strafgesetzbuch könnte den gefundenen Konsequenzen an unserer Stelle durch einfache Legalauslegungen gerecht werden, die dahin gingen, daß in den zutreffenden Paragraphen des Strafgesetzbuches unter der „strafbaren Handlung" auch die Setzung des objektiven Verbrechenstatbestandes mit zu verstehen sei, dessen Bestimmung in unserem obigen Sinne der Auslegung zu überlassen sei. Dieser Forderung Bindings[2])

[1]) G. S. Bd. 78, S. 41.
[2]) Binding: G. S. Bd. 76, S. 85.

folgt im Ergebnis auch die Begründung zum Gegenentwurf. Überall da, wo er das Vorliegen des objektiven Verbrechenstatbestandes für ausreichend erklärt, so in den §§ 80 Abs. 2, 180 Abs. 2, 185 Abs. 1, 341 Abs. 1, verwendet er die Worte: ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters. Im § 34 Satz 2 glaubt er dies entsprechend durch die Worte auszudrücken: „Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters." Nur ist dem Gegenentwurf mißbilligend vorzuhalten, daß er diesen Ausdruck des „objektiven Tatbestandes" im Gesetzt nicht braucht zur Erkennbarkeit der nicht akzessorischen Teilnahmenatur, sondern nur um seine veränderte Auffassung von der akzessorischen Natur, nämlich die der limitiert-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme, zum Ausdruck zu bringen. Auf sie kommen wir unten zurück.

Ich kann mich von diesen Forderungen de lege ferenda noch nicht abwenden, ohne noch ein Bedenken zu berühren, auf das Binding[1]) und Beling[2]) ganz ausdrücklich hingewiesen haben. Wenn der § 58 V. E. sagt: „Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur strafbar, wer schuldhaft handelt," so wird damit der objektive Tatbestand offiziell als straffähig anerkannt. Es wird somit mit der Möglichkeit gerechnet, daß der Gesetzgeber den schuldlosen Täter der staatlichen Strafgewalt unterwirft. Das hieße aber, wie Beling[3]) zu Recht sagt: alle Gerechtigkeit verleugnen und die Unschuld zu abgegriffener Münze machen! Ganz richtig bezeichnet die Begründung zum österreichischen Vorentwurf[4]) den Satz „keine Strafe ohne Verschulden" als das unserer Kulturstufe eigentümliche Ergebnis der Strafrechtsentwicklung. Ist dem aber so, dann ist die Strafe, wie Beling[5]) treffend hinzufügt, ohne Verschulden ein Stück Unkultur. Wir würden damit in der Tat auf Rechtsanschauungen stoßen, die nicht mehr unseren Kulturideen, sondern höchstens noch mittelalterlichen Begriffen eigen sein würden. Allerdings hat es Zeiten gegeben, die über eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für die objektiven Verbrechenstatbestände anders gedacht haben. Ihnen schien auch der objektive Verbrechenstatbestand Strafe zu erfordern. Sie haben dann

[1]) G. S. Bd. 76, S. 26.
[2]) Beling: Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Seite 17.
[3]) Beling ebendas. S. 15. [4]) Begründung S. 20. [5]) Beling S. 15.

wohl in Einzelfällen dessen Täter selbst verantwortlich gemacht, viel häufiger aber Garanten für diese Verantwortlichkeit geschaffen, sei es Garanten mit eigener Verschuldung oder selbst ohne solche. Eine außerordentlich reiche Ausbildung der Haftung für fremde Schuld und fremde Tat findet sich besonders in den Zeiten des deutschen Polizeistaates und es ist ein besonderes Verdienst Oetkers[1]), diese Fremdhaftung an dem ungemein lehrreichen Beispiel des hessischen Rechts von 1500—1866 zur Anschauung gebracht zu haben. Oetker hat besonders im § 6 seiner Abhandlung: „die kriminelle Haftung bei nur objektiven Tatbestand" eine Reihe von Fällen gebracht, in denen die Haftung des Garanten auf Seiten des Täters nur den objektiven Tatbestand des Delikts, des Begehungs- oder Unterlassungsdelikts, voraussetzt. So genügte im Anschluß an die Verordnung: das Linnentuch und den Garnhandel betreffend, vom 25. VIII. 1732 zur Bestrafung „der objektive Tatbestand, daß in der angegebenen Weise fehlerhaftes Tuch usw., verkauft worden ist; auch entschuldbarer Irrtum des Verkäufers würde ihn nicht vor Strafe schützen können"[2]). Im Anschluß an die Verordnung: die Deserteurs betr., vom 9. IV. 1763 haftet die universitas „Stadt oder Dorf, als formeller Garant für das Delikt der Wächter, Beamten, die den Deserteur haben durchkommen lassen. Nur dieser objektive Tatbestand braucht vorzuliegen."[3]) In allen diesen Fällen zeigen sich Gebilde äußerst primitiver Rechtsauffassung, die noch wenige Spuren von Gerechtigkeit zeigen, da sie von dem Satze: „Keine Strafe ohne Schuld," peccata suos teneant auctores[4]), noch weit entfernt sind. Was aber die unverkennbare Neigung des älteren Polizei- und Finanz-Strafrechts, schuldfreie Deliktstatbestände auszubilden, begründet, zeigt Oetker[5]) treffend mit den Worten: Der Zweck, die Staatseinnahme ungeschmälert zu erhalten, Walddevastationen vorzubeugen, die öffentliche Sicherheit kräftig zu schützen usw. heiligt in den Augen des Gesetzgebers, wie es scheint, dieses etwas brutale Mittel. Die Gesetze verfahren dabei mit einer gewissen plumpen Ehrlichkeit; sie gehen direkt auf ihr Ziel los und halten es gar nicht für nötig, das kriminalistische Gewissen

---

[1]) Oetker in seiner Schrift: „Kriminelle und zivile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen" in der Festgabe für R. v. Ihering; vergl. auch G. S. Bd. 76, S. 26, Nr. 1.

[2]) Oetker daselbst S. 175. [3]) Oetker daselbst S. 179.

[4]) Oetker daselbst S. 87. [5]) Oetker daselbst S. 171.

durch Aufstellung von Schuldpräsumptionen zu beschwichtigen. Es will bei der ersten Betrachtung scheinen, als ob diese Erscheinungen heute noch in den häßlichsten, weil von der Gerechtigkeit noch am wenigsten berührten Bestimmungen unseres Strafrechts, den Strafsatzungen der Zoll- und Steuergesetze, wiederkehrten. Auch da finden wir die strafbaren Tatbestände mit bestimmten Vorgängen identifiziert, ohne Rücksicht auf die Willensbeschaffenheit dessen, der sie herbeigeführt hat, wie sich aus der dort üblichen typischen Redensart ergibt: „das Dasein der Defraudation und die Anwendung der Strafe wird in den vorstehend aufgeführten Fällen lediglich durch die bezeichneten Tatsachen begründet.“ [1]) Allein die bezeichneten Vorgänge erbringen dann bis zum gelungenen Gegenbeweis den vollen Beweis für die Verschuldung des Täters. [2]) Infolge dieser Schuldvermutung rundet sich der nackte Vorgang doch begrifflich zum Delikt, weshalb auch seine Rechtsfolgen als echte Delikts-, nämlich als Straffolgen anzusehen sind.

Die Aufgabe der akzessorischen Natur bringt es nun mit sich — und diesen Schluß wollen wir ebenfalls gleich an dieser Stelle vorausnehmen —, daß wir uns von der ihr zuliebe notwendig formulierten, aber ganz unzulässigen Begriffsverkehrung, die Teilnahme als Teilnahme an der Tat eines anderen anzusehen, wie es die Begründung [3]) zum Vorentwurf tut, frei machen können. Danach muß eine Abtrennung der Mittäterschaft von der Teilnahme aus rein terminologischen Erwägungen [4]) notwendig geboten erscheinen, ob daneben auch noch aus den damit zusammenhängenden Gründen der Abschneidung zu Unrecht bestehender Kontroversen, worauf die Begründung [5]) unter Betonung des nicht akzessorischen Charakters der Mittäterschaft besonderen Wert legt, wird uns weiter unten [6]) an anderer Stelle interessieren. Man könnte die Mittäterschaft unmöglich als Teilnahme auffassen. Stellt letztere rein abstrakt genommen an sich einen strafrechtlich indifferenten Charakter dar, der kriminellen Charakter erst gewinnt durch Hinzutritt der Haupttat, so habe die Handlung des Mittäters von Anfang an durch die ganze beziehungsweise teilweise Realisierung des verbrecherischen Tatbestandes

---

[1]) So z. B. Salzabgabengesetz v. 12. Okt. § 13; Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 § 137. [2]) v. Liszt: Lehrbuch S. 161. [3]) Begr. S. 303. [4]) v. Birkmeyer Vergl. Darst. S. 146. [5]) Begr. S. 303 und 304. [6]) s. Seite 69 ff.

selbständige, von dem Handeln der anderen Mittäter unabhängige Bedeutung, die durch diese höchstens eine Steigerung erfahren kann. Diese letzt erwähnte Unabhängigkeit zeige sich denn auch noch darin, daß, ausgehend von dem Satz, wonach unter „Tat" die Herbeiführung eines verbrecherischen Erfolges zu verstehen ist, die Einheit der Tat auch dann gewagt bleibe, wenn zu ihrer Herbeiführung mehrere ihren Willen und ihre Tätigkeit vereinigen, mithin keine Rede davon sein kann, daß der Mittäter sich an fremder Tat beteilige. Da die Mittäterschaft somit nicht als Teilnahme anzusehen sei, so erscheine eine Säuberung der Terminologie, dahingehend, daß der Mittäterbegrift aus dem Abschnitt der Teilnahme zu entfernen sei, dringend nötig. Nur dadurch könne dem verwirrenden Sprachgebrauch vorgebeugt werden, wonach der Täter als Teilnehmer an seinem eigenen Delikt erscheine. Der Begriff der Teilnahme habe somit auf Anstiftung und Beihilfe beschränkt zu bleiben und in Gegensatz zu treten zu der Mittäterschaft, die aus den oben erörterten Gründen zu der Täterschaft zu schlagen sei. Auch v. Liszt[1]) bringt dieselbe Formulierung: Teilnahme ist Beteiligung an der von einem anderen begonnenen oder vollendeten Ausführungshandlung. Die Teilnahme ist entweder Anstiftung oder Beihilfe.[2]) Dieser Nachsatz bringt aber gleich die unheilvolle Konsequenz dieser Ansicht. Als was ist dann der Mittäter anzusehen, ist er denn nicht auch Teilnehmer? Nach v. Liszt[3]) ist Mittäterschaft allerdings keine Form der Teilnahme an dem Tun eines andern, sondern eigene selbständige Täterschaft, und in ähnlichem Sinne äußert sich Frank dahin, sie sei „wie der Name zeigt, nur eine Form der Täterschaft und das, was für die anderen beiden Formen gilt, daher nicht ohne weiteres auf sie anwendbar." Was soll es denn aber nützen mit den Motiven[4]) die Mittäterschaft unter den weiteren Begrift der Beteiligung mehrere an einer Straftat zu stellen? Ist der „Beteiligte" etwa kein Teilnehmer? Teilnehmer an der strafbaren Handlung eines anderen kann er allerdings nicht

---

[1]) Lehrbuch S. 224. Ebenso Finger: Lehrbuch I. S. 342/343; Meyer-Allfeld: Lehrbuch S. 184/185.

[2]) Gleicher Ansicht auch: Beling, die Lehre vom Verbrechen S. 390 ff; v. Birkmeyer: Teilnahme S. 148; Vergl. Darst. 2, S 54, 145/146

[3]) Lehrbuch S. 222.

[4]) Motiv S. 304; vergl. auch v. Birkmeyer: Vergl. Darst. 2, S. 107, 145/146.

sein, denn wenn jeder Mittäter sich nur an der Tat eines anderen beteiligt, so fehlt dieser andere ja in ihrem Kreise, und über lauter Mittätern wäre der eine Täter, an dessen Tat sie sich alle beteiligen, einfach zum mathematischen Punkte zusammengeschrumpft oder, wie sich v. Birkmeyer[1]) ausdrückt, der Täter müßte „als Teilnehmer" an seinem eigenen Delikt erscheinen. Aber treffen (sich) denn nicht, wie Harburger[2]) in zufälliger Anlehnung an dasselbe Beispiel bemerkt, die Mittäter in diesem Falle zusammen in Bezug auf Verübung ein und desselben Verbrechens und wird nicht durch die Abtrennung der Täterschaft in obigem Sinne ein seit Jahrhunderten festgewurzelter, ebenso treffender als unentbehrlicher Sprachgebrauch ganz grundlos erschüttert? Verstand doch schon die gemeinrechtliche Doktrin unter dem concursus plurium ad delictum die schuldhafte Beteiligung mehrerer Personen an der Begehung desselben Verbrechens. Die Mittäterschaft ist aber, wie Harburger[3]) treffend bemerkt, deshalb Teilnahme, weil gerade unter diesen Umständen sich die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe aufdrängen kann. Wenn aber, wie dies unbestritten ist, die Beihilfe zur Teilnahme gehört, so kann auch die ihr so nahe verwandte Mittäterschaft nicht außerhalb liegen. Diese letztere ist vielmehr in erster Linie Teilnahme auch deshalb, weil regelmäßig derjenige, der nicht bloß als Gehilfe erscheint, als Mittäter zu erachten ist und derjenige, welcher nicht mehr als Mittäter erscheint, immer noch Gehilfe bleibt. Es widerlegt sich somit die Ansicht Franks[4]), wonach: „Mittäterschaft nur eine Form der Täterschaft" ist. Wir, die wir allerdings beim Verfolg der Bindingschen Ideen gesehen haben, daß es sich nicht nur um die Teilnahme am Verbrechen handelt, werden in Fortentwicklung dieses Sprachgebrauchs an Stelle der Teilnahme am Verbrechen die Teilnahme an der Verwirklichung seines objektiven Tatbestandes setzen und damit ebenfalls eine Forderung Bindings erfüllen.[5])

---

[1]) Vergl. Darst. 2 S. 146.
[2]) Sitzung d. deutsch. Gruppe d. I. K. V. v. 6. Juni 1903. Mitt. XI. S. 515.
[3]) Harburger: ebendaselbst.
[4]) Frank. Komm. Vorbem. I z. III. Abschn. Teilnahme S. 80.
[5]) G. S. Bd. 76 S. 100.

§ 2.

Folgerung der akzessorischen Teilnahmenatur im Vorentwurf aus dem „Einfluss der persönlichen Umstände."

Jene befreiende Lösung von der akzessorischen Abhängigkeit, die zu dem in sich wahren Grundsatz zwingt, daß jeder genau nach dem behandelt wird, was gerade er gewollt und er getan hat, trifft nicht nur nach außen den wahren Kreis der strafrechtlich Verantwortlichen, sondern ermöglicht auch von selbst eine von der Höhe der Strafe des Täters befreite, lediglich nach dem, was der Teilnehmer selbst getan hat, gerechte Bemessung des Strafgehaltes. Aus unserem Prinzip ergibt sich denn auch, wie Kohler[1]) richtig bemerkt, ganz von selbst die im § 80 D. V. E.'s ausgesprochene Folgerung, wonach die persönlichen Eigenschaften als Haftungsmaßstäbe nur bezüglich der Personen, bei welchen sie zutreffen, nicht bezüglich der anderen Teilnehmer in Rücksicht genommen werden. Warum hat nun der Vorentwurf diesen nach unserem Gedankengang selbstverständlichsten Satz in seinem § 80 gesetzlich normiert? Das Bestehen dieses Paragraphen zeigt m. E. allein schon, daß der Vorentwurf unser angenommenes System der Aufgabe der akzessorischen Natur, wie es von Binding in ganz hervorragender Weise aufgebaut ist, seiner gesetzlichen Regelung der Teilnahmematerie nicht zu Grunde gelegt hat, vielmehr an dem Wesen der akzessorischen Teilnahmenatur festgehalten hat.[2]) Wir selbst, die wir hier die Stellungnahme des Vorentwurfs und seine hierin getroffene Wandlung innerhalb dieses Problems ergründen wollen, werden uns auf den Standpunkt der Akzessorietät der Teilnahme während der Besprechung des Entwurfs stellen müssen, da auch seine Neuerungen, wenigstens von dieser Voraussetzung aus, wohl gebührende Achtung verdienen können, die wir ihm andererseits vollkommen versagen müßten. Gibt es doch auch Kriminalisten, die an der Akzessorietät der Teilnahme streng festhalten. Wir werden dann immer noch Gelegenheit finden, den hier gefundenen Standpunkt unseren obigen Erörterungen entgegenzuhalten und beide Resultate zu vergleichen. Wir würden uns mit unserer obigen Auffassung dabei auch nicht in inneren

[1]) Vergl. Kohler Goltd. Arch. Bd. 58, S. 3.
[2]) Vergl. hierzu weiter unten bei der Besprechung der Motive.

Widerspruch setzen, wenn wir das Resultat des Vorentwurfs vielleicht billigen sollten, da nur das Bessere der Feind des Guten sein kann. Da dieser angeführte Paragraph neben den beiden Begriffsbestimmungen der §§ 78 und 79 D. V. E.'s der einzige ist, der materiell den gewaltigen Stoff der Teilnahmelehre berührt, so bietet die Bestimmung dieses Paragraphen in erster Linie Anhalt für eine wissenschaftliche Deduktion der Teilnahmelehre im Vorentwurf. Gehen wir also von diesem Paragraphen aus und suchen wir, — zunächst ohne die Motive —, auf diesem Wege selbständig zum Verständnis des Vorentwurfs vorzudringen.[1])

Der § 80 D. V. E.'s sagt:

Persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.

Die beiden ersten Alternativen dieser Bestimmung lassen nun die Frage offen, ob unter ihren Bereich nur persönliche Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, wie etwa Rückfall und jugendliches Alter, fallen oder ob auch Qualifizierungsmomente, wie sie beim Aszendententotschlag und bei der Kindestötung vorliegen, mit eingeschlossen sein sollen. Meines Erachtens fallen in Übereinstimmung mit der Ansicht des Reichsgerichts unter die persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, auch die Umstände, welche das Verbrechen zu einem qualifizierten oder privilegierten machen. Es kann schließlich keinen Unterschied machen, ob der persönliche Strafschärfungs- oder Milderungsgrund ein allgemeiner ist, als solcher im Verbrechen nicht objektiviert, und den Tatbestand desselben nicht berührt, oder ob er als besonderer in das einzelne Delikt selbst aufgenommen ist und letzteres zu einem qualifizierten bezw. privilegierten macht. Es würden somit unter die Strafschärfungsgründe der Umstand der Verletzung eines Verwandten aufsteigender Linie, der Rückfälligkeit, gewerbs- und gewohnheitsmäßiger Begehung, gewinnsüchtiger Absicht, unter die persönlichen Strafmilderungsgründe, unter anderen das Vorliegen jugendlichen Alters, der Eigenschaft als außereheliche Mutter beim Kindesmord, bei Begehung des Meineids des Umstandes, daß man

[1]) Vergl. zu den folgenden Ausführungen: M. E. Mayer: Versuch und Teilnahme bei Aschrott - v. Liszt Bd I. Allg. Teil. S. 355 ff, Begr. S. 312. Vergl. Darst. I. Bd. 2 S. 157—159 u. die übrige cit. Literatur.

durch wahrheitsgemäße Aussage sich selbst strafrechtliche Verfolgung zuziehen könnte. Bemerkt muß noch werden, daß es sich natürlich immer um straferhöhende oder strafmindernde Umstände handeln muß, daß strafbegründende persönliche Umstände, wie sie z. B. bei der eben angeführten Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit vorliegen können, unter die Vorschrift des § 80 D. V. E. nicht fallen und nur nach den allgemeinen Vorschriften über die Teilnahme zu behandeln sind. Schwieriger und ganz besonders bedeutungsvoll für die ganze Gestaltung der akzessorischen Lehre der Teilnahme bleibt nun die dritte neu aufgenommene Modalität des § 80 D. V. E., die von den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen spricht, welche die Strafbarkeit ausschließen, die auch nur hinsichtlich desjenigen berücksichtigt werden sollen, bei dem sie vorliegen. Gehen wir zuerst davon aus, daß der Vorentwurf nur einen allgemeinen Begriff, den des Strafausschließungsgrundes kennt, wie schon aus der Überschrift seines vierten Abschnittes, der einen Sammelbegriff heterogener Strafausschließungsgründe darstellt, hervorgeht, wie ferner daraus, daß alle diese verschiedenartigen Strafausschließungsgründe in der gleichen Weise formuliert sind: nicht strafbar ist, wer . . . . Der Vorentwurf hat den bisher gemachten Unterschied zwischen Schuldausschließungsgründen, die als Unterart des weiteren Begriffs der Deliktausschließungsgründe, zu denen noch die Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit gehören, eine strafbare Handlung nicht zur Entstehung kommen lassen, und Strafausschließungsgründen, welche nur die Verfolgbarkeit hindern, aufgegeben, er gebraucht nur den allgemeinen Begriff des Strafausschließungsgrundes und hat die Unterscheidung seiner Arten der wissenschaftlichen Interpretation überlassen, nur eine Unterscheidung hat er selbst getroffen, die der persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, die die Strafbarkeit ausschließen. Da der Vorentwurf, wie bereits bemerkt, einen Unterschied zwischen Schuld- und Strafausschließungsgründen nicht kennt, so müssen wir uns hüten, die persönlichen Eigenschaften, die die Strafe ausschließen, zu identifizieren mit den sogenannten persönlichen Strafausschließungsgründen, wie Exterritorialität, Aszendenteneigenschaft beim Diebstahl usw., wir müssen vielmehr die in dem Begriff der Persönlichkeit wurzelnden persönlichen Eigenschaften weiter als auf die nur rein äußerlich vom Verbrechensbegriff losgelösten persönlichen Momente ausdehnen, auch auf

die subjektiv-persönlichen Momente, die die Schuldseite des Verbrechens umfassen, worunter z. B. die Unzurechnungsfähigkeit fällt.

Doch was ergibt sich aus dieser Stellungnahme des Vorentwurfs für die Gestaltung der akzessorischen Natur seiner Teilnahmelehre? Es folgt daraus, daß die Bestrafung der Teilnahme unabhängig ist von der Schuldform des Verbrechens. Definieren wir mit v. Liszt[1]) das Verbrechen als die mit Strafe bedrohte schuldhafte rechtswidrige Handlung, so geht die Abhängigkeit der Teilnahme nur so weit, daß der Anstifter und Gehilfe bestraft wird, wenn der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig verwirklicht hat, eine gleichzeitig schuldhafte Verwirklichung braucht nicht vorhanden zu sein. Damit ist aber für den Vorentwurf die akzessorische Natur seiner Teilnahme nachgewiesen, sie erstreckt sich auf das Verbrechen als eine mit Strafe bedrohte rechtswidrige Handlung. Inwieweit weicht nun der Vorentwurf nach dieser Begründung vom jetzigen Recht ab und was hat er Neues gebracht? Die Lösung wird sich finden lassen, wenn wir parallel zu obiger Beweisführung auf den Paragraphen im Strafgesetzbuch zurückgehen, der dem § 80 D. V. E. zu Grunde liegt und das ist der § 50 St. G. B. Er begrenzt die akzessorische Natur der Teilnahme dahin, daß sie sich nicht erstreckt auf diejenigen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse des Täters, welche das Gesetz als straferhöhend oder strafmindernd ansieht. Es läßt sich somit aus der Kehrseite dieses Paragraphen heraus lesen, daß die Akzessorietät der Teilnahme sich wohl auf die strafbegründenden wie auch strafaufhebenden Momente bezieht, wobei den persönlichen Eigenschaften und den sachlichen Umständen die gleiche Wirkung zukommt. Nun können aber die Strafausschließungsgründe zweierlei Natur sein, und damit machen wir den bereits oben erwähnten Unterschied, wie er sich im geltenden Rechte vorfindet, sie können erstens den Deliktscharakter aufheben dadurch, daß durch sie entweder das Begriffsmerkmal der Schuld oder das der Rechtswidrigkeit, die beide der allgemeine Tatbestand des Verbrechens erfordert, entfällt, oder sie können zweitens den Deliktscharakter bestehen lassen, nur die Bestrafung unmöglich machen. Letzterer Art sind die persönlichen Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe,

[1]) v. Liszt: Lehrbuch S. 117.

auf die die Akzessorietät schon deshalb nicht ausgedehnt werden kann, da sie im Tatbestand des Verbrechens nicht objektiviert sind.

Das argumentum e contrario, das wir aus dem § 50 St. G. B. heraus lesen, erstreckt sich demnach nur auf die Gründe ersterer Art, die Deliktsausschließungsgründe, die eine strafbare Handlung nicht zur Entstehung kommen lassen, den Deliktscharakter der Tat vielmehr von vornherein negieren. Aus dieser Kehrseite des § 50 St. G. B. in ihrer eben erwähnten Beschränkung folgt dann der beklagenswerte Mißstand, daß Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen nicht möglich ist, daß die Bestrafung des Teilnehmers scheitert an der akzessorischen Natur dieses Deliktes, abgesehen von den seltenen, nur auf dem Gebiet der Anstiftung vorkommenden Fällen, in denen mittelbare Anstiftung angenommen werden kann. Es ist das ein beklagenswerter Zustand, der in der Rechtsprechung zu den größten inneren Widersprüchen und zu Entscheidungen geführt hat, die das Rechtsempfinden entschieden verletzen müssen. Solche unbefriedigende Entscheidungen hat die Praxis oft zu fällen, da die Anzahl von Leuten, die für geisteskrank erklärt sind, eine große ist, die unter Berufung auf den ihnen hierdurch gewährten Schutz, gleichsam als ob sie vogelfrei wären, oft zu reinen gewohnheitsmäßigen Delinquenten werden, denen es natürlich aus gleichen Gründen an Teilnehmern ihrer Tat nicht fehlt. Es ist nun an sich zu begrüßen, daß der Vorentwurf hier Wandel geschaffen und eine Lösung herbeigeführt hat, die die Bestrafung des Teilnehmers an der Tat eines Unzurechnungsfähigen in Zukunft an der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht mehr scheitern läßt, wenn wir auch hier wieder betonen wollen, daß wir uns mit dem ihr zu Grunde liegenden Prinzip der akzessorischen Natur nicht einverstanden erklären und die gleiche Lösung in einwandsfreierer Weise, unter Vermeidung aller weiteren aus obigem Prinzip resultierenden fehlerhaften Konsequenzen, aus der Verselbständigung der Teilnahme herleiten.

Ist nun das Verbrechen die „mit Strafe bedrohte schuldhafte rechtswidrige Handlung" und messen wir an diesem vollen Verbrechensbegriff die oben gewonnenen Resultate der Abhängigkeit der Teilnahme im geltenden Recht und im Vorentwurf, so finden wir, daß die Abhängigkeit nach herrschendem Recht die Begriffsmerkmale der Schuld und der Rechtswidrig-

keit umfaßt, die akzessorische Natur im Vorentwurf sich aber nur auf das Begriffsmerkmal der Rechtswidrigkeit bezieht und an dem Schuldmoment die akzessorische Natur der Teilnahme nicht mehr scheitern läßt, eine, wie wir noch mehrmals auszuführen Gelegenheit haben werden, ganz bedeutsame Neuerung.

Hiermit ist, soweit es auf das Prinzip ankommt, die Forderung erfüllt, die Beling[1]) de lege ferenda vertritt: „Daß es nur die Aufgabe der Gesetzgebung ist, den Teilnahmebegriff von den Requisiten der Schuld beim Haupttäter und des Zutreffens der generellen Strafdrohungsbedingungen bei ihm zu reinigen, die Akzessorietät in dieser Beziehung aufzugeben. Teilnehmer muß fortan auch derjenige sein können, der an einer Haupttat ohne vollen Verbrechenscharakter teilgenommen hat." Der Grundgedanke dieser Neugestaltung ist aber, worauf M. E. Mayer[2]) m. E. mit Recht hingewiesen hat, die Anerkennung der Graduierbarkeit der akzessorischen Natur der Teilnahme. Man muß von dem mechanischen Moment der Abhängigkeit, das allerdings stets das gleiche bleibt, das dynamische Wesen unterscheiden, das einen verschiedenen Stärkegrad annehmen kann. Umfaßt, wie oben bemerkt, die Abhängigkeit nach geltendem Recht den vollen Verbrechensbegriff, trägt sie also einen extrem-akzessorischen Charakter, so ist sie infolge ihrer Loslösung von dem Schuldmoment der Tat im Vorentwurf nur limitiert-akzessorisch gestaltet. Wir sehen somit aber, daß sich die Graduierbarkeit der Abhängigkeit bestimmt nach den Merkmalen, die für die Täterhandlung als wesentlich erachtet werden. Weiter aber als bis zur limitierten Form konnte die akzessorische Natur der Teilnahme im Vorentwurf nicht gehen, denn hätte sie auch die Abhängigkeit von der Rechtswidrigkeit fallen lassen, so wäre ihre Gestaltung dem Rahmen des Strafrechts entrückt, übrigens aber, und das spricht noch weiter für eine Differenzierung innerhalb der Abhängigkeitsbemessung, auf eine Form gebracht, die für die Anerkennung der Graduierbarkeit insofern interessant ist, als sie den untersten Punkt der Abhängigkeitsskala, die minimal-akzessorische Form der Teilnahme darstellt, nämlich die Teilnahme an einem „objektiven gesetzlichen Tatbestand."

---

[1]) Beling: Die Lehre vom Verbrechen (1906) S. 458.
[2]) Aschrott-v. Liszt Bd. I. S. 356 Nr. 1.

Ohne dieses Abhängigkeitsverhältnis, das wurzelt im Begriff der Teilnahme, in seiner Beziehung zum Dasein der Täterhandlung, ist Anstiftung und Beihilfe undenkbar. Im Gegensatz zu dieser schwächsten Form der Teilnahme, die natürlich vom Standpunkt der akzessorischen Natur der Teilnahme aus unhaltbar ist, weil sonst, wie bereits bemerkt, die Teilnahme an rechtsmäßigen Tatbestandsverwirklichungen unter das Gesetz fiele, würde die stärkste Form der Graduierbarkeit in der Ausdehnung der Abhängigkeit der Teilnahme auf die persönlichen Eigenschaften, die die Strafe des Täters erhöhen oder vermindern, zu finden sein. Wird die erstere Form, wie bereits bemerkt, schon dadurch hinfällig, daß sie, dem Gebiete des Strafrechts entrückt, auch die Teilnahme an rechtmäßigen Tatbestandsverwirklichungen unter das Gesetz fallen ließe, so kommt letzterer deshalb nicht in Frage, weil persönliche Privilegierungs- und Qualifizierungsgründe als rein in der Person wurzelnde Zufälligkeiten dem Teilnehmer aus irgend welchem psychischen Grunde nicht zugerechnet werden können. Scheiden somit die minimalste und intensivste Form der Graduierbarkeit der Abhängigkeit für eine neue Gesetzgebung aus, so hat der Vorentwurf, vom Standpunkte der akzessorischen Natur der Teilnahme aus betrachtet, innerhalb der beiden in Frage kommenden Gradbestimmungen der Akzessorietät aus den oben erörterten Gründen praktischer Folgerungen eine glückliche Wandlung von der extrem- zur limitiert-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme durchgemacht.[1])

Soweit das praktische Ergebnis in Frage kommt, hat auf diese wichtige Neuerung der Teilnahmelehre, wie bereits oben zur kürzeren Würdigung angeführt, die praktisch relevanteste Bedeutung der Schuldausschließungsgrund der Unzurechnungsfähigkeit. Daneben kämen aber noch (in hier nicht interessierenden Grenzen) der Irrtum[2]) und die Strafunmündigkeit[3]) in Betracht. Sie bilden den neuen Bestandteil der im § 80 D. V. E geschaffenen strafausschließenden persönlichen Umstände, zu deren vollen Ergänzung vom geltenden Recht her noch die rein persönlichen Strafausschließungsgründe hinzutreten, die wir,

---

[1]) Auch Köhler stimmt dem Vorentwurf bei, daß er die akzessorische Eigenschaft der Teilnahmehandlungen gegenüber der Haupttat nicht aufgegeben hat, ohne freilich eine Begründung hierfür zu geben. — S. 32. —

[2]) Finger: Lehrb. S. 118; Olshausen: Komm. § 59 N. 14, S. 266.

[3]) Olshausen: Komm. § 55, N. 5 u 6, S. 246

wenigstens der Übersicht und umfassenden Bedeutung wegen, erwähnen wollen, ohne daß es uns auf sie hier wesentlich ankommt. Hierher gehören aus völkerrechtlichen Gründen alle die, die den rein persönlichen Schutz der Exterritorialität genießen, wie die Botschafter, Gesandten und übrigen Mitglieder der beglaubigten Missionen, aus dem Vorentwurf wären als weitere Fälle, in denen der Gesetzgeber wegen der Persönlichkeit des Täters diesem gegenüber von der Bestrafung absieht, heranzuziehen der Exzeß der Notwehr nach § 66 Abs. II. S. 2 D. V. E., die Blutschande, soweit nach § 249 D. V. E. Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie unter achtzehn Jahren in Frage kommen; die Aszendenteneigenschaft bei einem Diebstahl, einer Entwendung oder einer Unterschlagung, der das Verhältnis als Ehegatte gleichsteht, nach § 273 D. V. E.; der Kartellträger nach § 225 D. V. E.

Diese Unterscheidung in Schuldausschließungsgründe und rein persönliche Strafausschließungsgründe, von denen die ersteren gemäß unserer Deduktion aus § 80 D. V. E. als Grundlage unserer im Vorentwurf neu zum Ausdruck gekommenen Teilnahmekonstruktion in Betracht kommen, ist allerdings im Vorentwurf selbst nicht getroffen, wie sie auch im geltenden Gesetz nicht deutlich normiert ist, sondern erst von der Wissenschaft und Praxis in den Gesetzestext hineingetragen ist. Dieser Unterschied braucht auch von einem Gesetz nicht gemacht zu werden, da er unabweisbar durch die Logik wie das praktische Bedürfnis geboten ist, lassen sich doch hierfür auch, wie die Begründung selbst zum Ausdruck bringt, gute wissenschaftliche Gründe geltend machen. Ein Gesetz wird sogar gut tun, in dem Sammelbegriff der Strafausschließungsgründe die einheitliche Wirkung hervorzuheben, die Wissenschaft wird von selbst den Quellen dieser Wirkung nachspüren. Erweist sich somit einerseits die Berechtigung unserer obigen Unterscheidung, so steht ihr auch der im Vorentwurf neu aufgenommene allgemein umfassende Begriff der Strafausschließungsgründe schon an und für sich nicht entgegen, man kann sogar noch weiter gehen und sagen, daß die subjektive Formulierung, die in den Strafausschließungsgründen mit den Worten: „nicht strafbar ist, wer . . . .“ zum Ausdruck kommt, gerade der subjektiven Motivierung der Straflosigkeit, wie sie sich im Begriff des Schuldausschließungsgrundes ausspricht eine Stütze bietet.

§ 3.

Stellung, Aufbau und Begründung des Systems nach den Motiven.

Um so bedauerlicher ist es, daß die Verfasser des Vorentwurfs diesen allgemeinen Begriff der Strafausschließungsgründe geschaffen haben nur zu dem Zweck, eine Zergliederung in seine Unterarten unmöglich zu machen, somit den Weg abzuschneiden, auf dem wir gerade zum Ziel gelangt sind.[1])

Die Strafausschließungsgründe sollen nämlich durchweg die Strafe nur in der Person dessen ausschließen, bei dem sie vorliegen, eine Einheitlichkeit innerhalb der verschiedenartigen Deliktsausschließungsgründe soll dadurch herbeigeführt werden, daß keinem der im vierten Abschnitt des Deutschen Vorentwurfs behandelnden Strafausschließungsgründe die Kraft zugestanden wird, den Begriff des Verbrechens zu negieren. Dadurch bezweckt der Vorentwurf, wie die Begründung ausdrücklich erklärt, lediglich die Tat des Unzurechnungsfähigen dem Begriff der strafbaren Handlung unterzuordnen und dadurch die Konstruktion strafbarer Teilnahme zu ermöglichen. Es soll jenes bisher unbefriedigende Ergebnis vermieden werden, daß die Beteiligung an der Tat eines Geisteskranken nicht als Teilnahme, sondern, falls überhaupt, nur in seltenen Fällen höchstens als mittelbare Täterschaft bestraft werden kann, im übrigen aber, nämlich wenn der Gehilfe von der Geisteskrankheit des Unterstützten keine Kenntnis hatte, straflos bleiben muß. Um aber zu dem Ziel der Bestrafung der Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen zu gelangen und jenen oben aufgestellten Standpunkt des persönlichen Strafausschließungsgrundes der Unzurechnungsfähigkeit zu rechtfertigen, muß die Begründung[2]) die Schuldfähigkeit des Unzurechnungsfähigen anerkennen, ein Postulat, das sie auch ausdrücklich dahin zum Ausdruck bringt: daß es möglich ist, daß auch ein Geisteskranker unter den Voraussetzungen der strafrechtlichen Schuld mit vollem Schuldbewußtsein handelt.

Vergleichen wir nun diese Begründung der Akzessorietätslehre in den Motiven mit unseren vorangehenden Ausführungen, so finden wir, daß eine Übereinstimmung über das erreichte

---

[1]) Vergl. Begr. S 224, 225, 311.
[2]) Begründung I S. 224.

Ziel der Bestrafung der Teilnahme an Straftaten, die dem Täter nicht zurechenbar sind, besteht, im übrigen aber der Weg zu diesem übereinstimmenden Resultate ein grundverschiedener ist. Die Begründung glaubt es, wie bereits oben eingehend bemerkt, dadurch erreicht zu haben, daß „der Entwurf den Begriff des Schuldausschließungsgrundes aufgibt und nur noch den der Strafausschließung kennt". Auch darauf haben wir schon zur Rechtfertigung unseres Standpunktes oben hingewiesen, daß die Beseitigung der Schuldausschließungsgründe unhaltbar ist, da deren Annahme durch die Logik und das praktische Bedürfnis geboten ist und auch nach Schaffung des alleinigen Sammelbegriffes der Strafausschließungsgründe die Wissenschaft fernerhin den Quellen dieser Wirkung der Straflosigkeit nachspüren und ihre Vielseitigkeit aufdecken wird. Beling[1]) bemerkt weiter hierzu: Wenn die Schuld ein Verbrechensmerkmal ist, so ist damit ohne weiteres auch der Begriff der Nichtschuld, des Ausgeschlossenseins der Schuld gegeben, die dann natürlich zu Straflosigkeit führt. Da es aber Straflosigkeiten noch ganz anderer Art gibt, besonders wegen Rechtmäßigkeit der Tat, wegen Fehlens einer Strafdrohung bei voller Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit der Tat usw., und die verschiedenen Straflosigkeiten von äußerst verschiedenem Werte sind, so bleiben die Schuldausschließungsgründe eine besondere Rubrik innerhalb der Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne. „Kennt der Entwurf die Schuld," sagt Beling richtig[2]) „so kennt er auch Schuldausschließungsgründe, und es ist eine ganz leere Behauptung, wenn die Motive dies ableugnen und nur einen einheitlichen Begriff der Strafausschließung zu kennen vorgeben."[3])

Auch Mittermaier[4]) ist davon überzeugt: Daß kein noch so fein ausgesonnener Wortlaut den Unterschied überhaupt aus der Welt schaffen kann, — „die Begründung kann das gar nicht meinen wollen, was sie zu sagen scheint!" Von diesem Gesichtspunkt aus hat auch Kantorowicz[5]) an dem 4. Abschnitt: Strafausschließungs- und Milderungsgründe scharfe Kritik geübt.

---

[1]) Beling: Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch S. 16.
[2]) Beling ebendaselbst S. 17.
[3]) vergl. auch Köhler: Studien z. Vorentwurf S. 25.
[4]) Mittermaier Z. XXX S. 627.
[5]) Kantorowicz: Monatsschr. f. Kriminalpsych. u. Strafrechtsreform S. 286.

Er ist nach ihm vor allem „uneinheitlich und wirft durchaus verschieden zu behandelnde Fälle, insbesondere die der Straf- und Schuldausschließung, bewußt zusammen.“ [1])

Wenn einzelne Autoren, so von Lilienthal, [2]) den Standpunkt des Entwurfs gebilligt haben, so bezieht sich der Sache nach diese Billigung lediglich auf die Bestrafung der Teilnehmer an schuldloser Haupttat. Irgend eine Rechtfertigung dafür, daß man, um dies zu ermöglichen, das wahre Wesen der Schuldausschließungsgründe verschleiern müsse, findet sich nirgends. Auch würde, worauf Mittermaier [3]) hinweist, eine weitere Folge dieser Regelung sein, daß selbst die Teilnahme an einer der Wiederrechtlichkeit entbehrenden Tat, wie der Notwehrhandlung, grundsätzlich unter das Gesetz fallen und nur aus besonderen, auf die Teilnahmehandlung zu beschränkenden Gründen, straflos bleiben würde, eine Folgerung, die selbst die Begründung anzuerkennen sich nicht scheut, deren Ergebnis sie aber mit dem kurzen Hinweis auf die Konstruktion dieser Strafausschließungsgründe, wesentliche Bedeutung abzusprechen glaubt.

Ebenso sehr muß aber das zweite Erfordernis der Begründung, [4]) das sie braucht zur Ermöglichung strafbarer Teilnahme an einer dem Täter nicht zurechenbaren Tat, nämlich der Satz von der Schuldfähigkeit des Unzurechnungsfähigen auf Widerspruch stoßen. Man kann sehr wohl, wie Frank [5]) mit von Lilienthal [6]) und Olshausen [7]) sagen, der Unzurechnungsfähige handelt vorsätzlich oder fahrlässig, sofern man diese Begriffe in rein physiologischem Sinne faßt, damit ist aber doch noch nicht gesagt, daß er auch schuldhaft handelt in ethisch-juristischem Sinne, da der Schuldbegriff durch die beiden Schuldmerkmale des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit im obigen Sinne einer rein natürlich psychologischen Auffassung verstanden nicht erschöpft wird, vielmehr zur Schuld in ihrer durch ethisch-juristischen Erwägungen vermittelten Wertung noch die

---

[1]) Diese Verirrung auch beleuchtet von Kohler: Arch. f. Strafr. Bd. 56 S. 294, der von einem „Fehlschritt“ spricht, vergl. auch Kahl: D. J. Z. Bd. 16 S 502, v. Liszt: Z. XXX S. 253 ff, 265 ff. Binding: G. S. Bd. 76, S. 32.

[2]) v. Lilienthal: Z. XXX S. 246; Mon.-Schr. f. Krim. Psych. VI S. 539.

[3]) Mittermaier: Z. XXX S. 627.

[4]) Begründung I S. 224.

[5]) Frank: Strafausschließungs- und Milderungsgründe in Aschrott-von Liszt S. 227, 228.

[6]) v. Lilienthal: Vergl. Darst. Allg. Teil V S. 38.

[7]) Olshausen: Komm. Anm. 12 zu S. 31.

Zurechnungsfähigkeit gehört, deren Hinzukommen sich entweder durch Aufnahme in den allgemeinen Schuldbegriff oder in die Artbegriffe des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit äußern können. Kann man demnach sagen, der Unzurechnungsfähige handle vorsätzlich oder fahrlässig, sofern man diese Begriffe in rein psychologischem Sinne nimmt, so kann man nicht sagen, daß er schuldhaft handle, da zur Schuld eben die Zurechnungsfähigkeit gehört und ihre Verneinung logischerweise die der Schuld in sich birgt.[1]) Ich billige diese Ausführungen, soweit das Zurechnungsurteil an einen konkreten Vorgang, an ein individualisiertes Geschehen anknüpft. Man kann, wie Finger[2]) treffend sagt, nur etwas Bestimmtes jemanden zurechnen oder nicht zurechnen. „Es gibt kein Zurechnen in Abstraktion von einem Vorgang, mit Bezug auf den zugerechnet werden soll." „Nur falls eine bestimmte Tat jemandem zur Schuld oder zum Verdienst zugerechnet wird, schließt dieses Urteil, welches kurz Zurechnungsurteil genannt wird, in sich die Bejahung von Schuld oder Verdienst hinsichtlich einer einzelnen konkreten, ins Auge gefaßten Tat." Die Schuld ist, wie Oetker[3]) mit Recht ausführt, vorsätzliche oder fahrlässige Begehung eines in einem bejahenden Strafgesetze bezeichneten Tatbestandes und als solche nur eine Abstraktion. „Schuld ist der Gattungsbegriff, als dessen Spezies Vorsatz und Fahrlässigkeit erscheinen." Parallel hierzu nennt v. Liszt[4]) Schuld im formellen Sinne die: Verantwortlichkeit des Täters für die von ihm begangene rechtswidrige Handlung. Dann trifft aber zu, wenn Oetker[5]) sagt: „Der Zurechnungsfähigkeit bedarf es für alle Handlungen im Rechtssinne, nicht nur auf dem Strafrechtsgebiet, nicht nur für die schuldhaften strafrechtlich erheblichen Handlungen. Die Zurechnungsfähigkeit kann daher nicht zur Schuld gehören" und die Polemik Frank's[6]) dagegen bricht, da sie sich nur an den engen Wortlaut dieses Satzes hält und den Zusammenhang ganz ignoriert, in sich zusammen. Das Urteil, welches jemanden etwas zur Schuld zurechnet, bejaht, wie Finger[7]) richtig ausführt, „nicht nur die kausale und teleologische Verbindung zwischen einem

[1]) Vergl. Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs S. 9 ff.
[2]) Finger: Bemerkungen zum Schuldbegriff: G. S. Bd. 72 S. 259.
[3]) Oetker: Zum Schuldbegriffe G. S. Bd. 72 S. 161.
[4]) v. Liszt: Lehrb. S. 157.
[5]) Oetker: a. a. O. S. 164.
[6]) a. a. O. S. 259.
[7]) Frank: a. a. O. S. 228 N. 1.

Vorgang und einem Menschen, sondern es bejaht mit der Existenz der Voraussetzungen der Zurechenbarkeit das Vorhandensein der Schuld oder, wie sich Oetker[1]) übereinstimmend ausdrückt: „die Zurechenbarkeit ist Voraussetzung der Schuld im abstrakten Sinne, und weil ein Verschulden nicht denkbar ist ohne Verkörperung des Schuldbegriffes, Voraussetzung auch für dieses."

Damit ist aber zugleich das Urteil über den Satz der Motive gesprochen. Der Satz von der Schuldfähigkeit des Unzurechnungsfähigen ist, schon abstrakt genommen, bedeutungslos, da die Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit fehlt, in concreto muß er aber ganz versagen, da hier das Zurechnungsurteil erst das Schuldurteil in sich schließt,[2]) und in diesem Sinne ist denn auch der Ausspruch von Liszt's[3]) zu verstehen, daß: „ohne Zurechnungsfähigkeit Schuld und damit Verbrechen unmöglich ist." Im praktischen Resultat trifft sich übrigens, wie eingehend bemerkt, unsere Auffassung mit der Frank's.

Diese Auffassung der Motive, daß auch der unheilbar Geisteskranke, auch das dreijährige Kind ein Verbrechen begehen kann, läßt sich, wie ferner v. Liszt[4]) ausführt, gar nicht durchführen, „wenn man nicht alle Begriffe auf den Kopf stellen will." Daß ein Geisteskranker (recte „zurechnungsunfähiger Geisteskranker"), wie Mittermaier[5]) treffend bemerkt, mit Schuldbewußtsein handelt, das kommt bekanntlich hundertfach vor, ohne daß der Täter wirklich „schuldig" wäre,[6]) oft ist dies falsche, übertriebene Schuldbewußtsein gerade ein Charakteristikum seiner Krankheit; aber „unter den Voraussetzungen der strafrechtlichen Schuld handeln", das kann ein Unzurechnungsfähiger logischerweise überhaupt nicht, da nach Mittermaier eine unabänderliche Bedingung dazu fehlt. Der gegenteilige Satz der Begründung ist nach ihm eine petitio principii, aber kein Beweis, und ganz und gar nicht imstande, den Satz ins Gesetz zu bringen: Schuld setzt Zurechnungsfähigkeit nicht voraus. Die beiden grundlegenden Elemente, die der alleinigen Existenz der Strafausschließungsgründe wie die der Schuldfähigkeit des Unzurechnungsfähigen, auf die sich die Begründung

[1]) Oetker: a. a. O. S. 164.
[2]) Vergl. Finger: a. a. O. S. 259.
[3]) Lehrbuch: S. 165.
[4]) v. Liszt: Z. XXX S. 254.
[5]) Mittermaier: Z. XXX. S. 628.
[6]) Vergl. Kohler Goltd. Arch. Bd. 56 S. 294.

zum Beweise einer begrenzten Akzessorietät stützt, sind, wie wir gesehen haben, inhaltlich unhaltbar und fällt damit die auf ihnen aufgebaute Beweisführung in sich selbst zusammen,[1]) ganz abgesehen davon, daß wir ihren scheinbar als selbstverständlich gegebenen Ausgangspunkt der akzessorischen Natur der Teilnahme nicht anerkennen.

Die Anstiftung zur strafbaren Handlung soll auch die Anstiftung zur Setzung des objektiven Tatbestandes seitens des Wahnsinnigen oder schuldlos Irrenden umfassen! Die akzessorische Natur der Anstiftung sei insoweit zu durchbrechen. Genau den gleichen Durchbruch nehmen dann die Motive[2]) mit Bezug auf die akzessorische Natur der Beihilfe an. Eine mit der Stellung des Entwurfs nicht zu vereinigende Durchbrechung. Anstifter und Gehilfen sind für ihn rein akzessorisch, nur lebensfähig, solange sie von dem Dasein des Täters zehren können. Und plötzlich fällt der Täter weg, aber die Daseinskraft der ersteren bleibt ruhig bestehen. Die Motive[3]) widerlegen sich demnach selbst. Auf geradezu sinnlosem Wege wollen sie zu den Resultaten kommen, die sich für uns infolge Aufgabe der Akzessorietät der Teilnahme auf die einfachste Weise von selbst ergeben.

Die Begründung krankt an dem Fehler, daß sich seine Verfasser über das erreichte Ziel wohl klar gewesen sind, daß sie sich über den Weg aber durchaus im Unklaren befunden haben, ein Mißverständnis, das den Entwurf selbst unberührt läßt, der in seinem § 80, wie wir oben ausgeführt haben, die Begrenzung der akzessorischen Natur durchgeführt hat.

§ 4.

Zusammenfassung: Gesamtkritik und Aufstellung unserer Vorschläge für ein neues Strafgesetzbuch.

Die Tragweite dieser Bestimmung des Entwurfs ist in der Begründung vollkommen verkannt worden, von ihr wird gesagt, daß sie nichts Neues eingeführt habe, da ja die Rechtsprechung schon bisher die persönlichen Strafausschließungsgründe nach Maßgabe des § 50 St. G. B. behandelt habe. Wir wissen aus

[1]) Gegen die Motive v. Liszt Z. XXX S. 252 ff.
[2]) S. 312.
[3]) S. 311 und 312.

unseren obigen eingehenden Ausführungen zur Genüge, wie irrtümlich diese begrenzte Auffassung ist, wieweit in Wirklichkeit dieser Paragraph über die ihm von der Begründung[1]) beigelegte Tragweite hinausgeht. Hier wäre vielleicht noch hinzuzufügen, daß nicht einzusehen ist, warum denn nicht die Verfasser des Vorentwurfs von ihrem Standpunkte aus der v. Birkmayer[2]) in „Vergleichenden Darstellung" gegebenen Anregung, den Paragraphen zu streichen, gefolgt sind; denn umfaßt er nur die persönlichen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, zu denen in analoger Anwendung die persönlichen Strafausschließungsgründe hinzutreten, so würden sie auch ohne ausdrückliche Bestimmung im Gesetz auf die Person dessen beschränkt bleiben, bei dem sie vorliegen, denn solche im Verbrechen nicht objektivierte, den Tatbestand desselben nicht berührende, persönliche Momente können, wie von Birkmayer[3]) mit Recht ausführt, infolge des akzessorischen Charakters der Teilnahme von vornherein nicht vom Täter auf den Teilnehmer übertragen werden, weil letzterer nur von dem Verbrechen des Täters abhängig ist, jene Momente aber nicht zum Verbrechenstatbestand angehören.

Wenn nun die Begründung zum Gegenentwurf[4]) unserer Ansicht entgegenhält, sie führe zu der unannehmbaren Konsequenz, daß auf „persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" des Täters beruhende Rechtfertigungsgründe, z. B. Vorliegen eines Verhaftungs- oder Züchtigungsrechts dem Teilnehmer nicht zugute kämen", so stellt sich sofort die berichtigende Erwägung ein, daß der Teilnehmer selbst nicht rechtswidrig, geschweige denn schuldhaft handelt. Da nicht im geringsten zu befürchten ist, daß die Praxis hierdurch auf Irrwege geführt würde, ist eine Korrektur unnötig. Wenn die Begründung zum Gegenentwurf ferner die von M. E. Meier vertretene Auslegung des § 80 D. V. E. als eine singuläre bezeichnet, so ist dem nicht beizupflichten.

Die gleiche Wandlung hat auch Mittermaier[5]) scharf erkannt. Ihm beweist „der § 80 des Entwurfs mit seinen Folgen, daß der Satz von der akzessorischen Natur der Teilnahme nach dem Entwurf grundsätzlich nicht mehr zu halten ist." Er hält

---

[1]) Begründung: S. 312.
[2]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 158.
[3]) Ebendaselbst S. 157, 158.
[4]) Begr. z. Gegenentw. S. 45.
[5]) Mittermaier: Z. XXX S. 629.

sich von dem Irrtum mancher Kritiker des Entwurfes, wie z. B. v. Liszt,[1]) frei, die die Stellung zur Frage der akzessorischen Natur lediglich aus den Bestimmungen der §§ 78, 79 D. V. E. allein folgern wollen, denn diese beschreiben nur die Tatbestände der Teilnahme und sagen nur, wie der Teilnehmer zu strafen ist. Mittermaier geht aber zu weit, daß er in dem § 80 D. V. E eine Aufgabe der akzessorischen Natur der Teilnahme erblicken will, er verkennt, daß es sich nur um eine Abweichung vom Grundsatz der Akzessorietät in obigem Sinne handelt.

Auch Wach[2]) erkennt richtig die Tragweite des § 80 D. V. E. in unserem Sinne. Die Straflosigkeit des Anstifters und Gehilfen eines Täters, dem die objektiv strafrechtswidrige Tat (wegen Unzurechnungsfähigkeit, Irrtum) nicht zur Schuld zugerechnet werden kann, in Verbindung mit der folgeweisen Unannehmbarkeit der mittelbaren Täterschaft mangels Täterwillens bezw. wesentlicher Tätereigenschaften, bedeutet für ihn die größte Lücke in der heutigen Lehre von der Teilnahme. Hier muß nachgeholfen werden, weil nicht um der formalen Logik willen der Schuldige von der ihm unbekannten Unschuld des Beteiligten Vorteil ziehen darf und, wie Wach sagt: „kann das unschwer geschehen, wie der § 80 D. V. E., § 34 G. E. beweisen."

Allerdings teile ich das Bedenken der Begründung zum Gegenentwurf[3]), ob unsere aus § 80 D. V. E. resultierende Auffassung Gemeingut der Rechtsanwendung werden würde, zumal wir die Auffassung der akzessorischen Teilnahmenatur bereits Deduktionen haben festlegen können, für das das geschriebene Gesetz dann nur einen knappen und wenig fundierten Anhalt bietet. Um dieses Bedenken kommen wir jedoch herum, da wir die Auffassung der akzessorischen Teilnahmenatur bereits oben abgelehnt haben, somit die Beibehaltung der im Vorentwurf getroffenen Regelung selbst in unserem Sinne nicht empfehlen können, da sie sich in Widerspruch setzt zu unserem Satz, daß jeder Mittäter und jeder sonstige Teilnehmer individuell nach dem behandelt wird, was gerade er getan hat. Im Gegensatz hierzu wünscht die Begründung zum Gegenentwurf[4]) die limitiert-akzessorische Gestaltung der Teilnahme, — auch im Sinne dieses Sprachgebrauches —, beibehalten zu sehen und glaubt

---

[1]) v. Liszt: Z. XXX S. 273.
[2]) Wach: D. J. Z. Bd. 16 S. 961.
[3]) Begr. z. Gegenentw. S. 45.
[4]) Begr. z Gegenentw. S. 47.

diese Forderung im § 34 Satz 2 am besten durch die Worte auszudrücken: „Die Bestrafung des Teilnehmers (Anstifter, Gehilfe) erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit der Person des Täters." Schon oben haben wir darauf hingewiesen, daß in dieser Fassung insofern ein Fortschritt ist, als in ihr eine gesetzliche Anerkennung des „objektiven Tatbestandes" liegt; ihre Aufstellung kann aber nicht als Ausbeute für eine Loslösung von der akzessorischen Natur, sondern lediglich als Ausdrucksweise einer limitiert-akzessorischen Gestaltung betrachtet werden. Als solche setzt sie sich aber mit unserem Standpunkt in Widerspruch und verdient deshalb Abweisung.

Immerhin ließe sich meines Erachtens, falls das künftige Strafgesetzbuch doch die akzessorische Teilnahmenatur nicht aufgeben sollte, ein Weg finden, um wenigstens der sich aus dieser falschen Voraussetzung heraus ergebenden Ungerechtigkeit der Abhängigkeit in der Bestrafung zu steuern und so praktisch, wenn auch ohne einheitlich fundierte Unterlage, den Vorentwurf mit unseren obigen Forderungen in Einklang zu setzen. Man sollte, was im § 80 D. V. E. von persönlichen Schärfungs-, Milderungs- oder Strafausschließungsgründen gesagt ist, von allen persönlichen wie sachlichen, also auch solchen, die die Rechtswidrigkeit ausschließen, gelten lassen. Damit wäre zugleich der Schwierigkeit abgeholfen, den Begriff der persönlichen Schärfungsgegenstände usw. richtig zu handhaben. Denn daß die Unterscheidung keine einfache ist, ergibt sich schon daraus, daß z. B. Olshausen die Überlegung, den Rückfall, ja sogar die Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise zum persönlichen Schärfungsgrund stempelt. Es zeigt sich wie hier so in der ganzen Rechtsprechung ein Drang nach einer übermäßigen Ausdehnung jener „persönlichen Gründe", der aber nach Aufgabe dieser ganzen unnützen Unterscheidung von selbst seine Erledigung fände. Ebenfalls vom Boden der akzessorischen Natur ausgehend weist Köhler[1]) darauf hin, daß diese im § 80 ausgesprochene individuelle Berücksichtigung zu innerlich kaum gerechtfertigten Ergebnissen führt. Wenn z. B. ein Sohn angestiftet wird, seine eigene Mutter zu schlagen und der Anstifter das Verwandtschaftsverhältnis des Angestifteten zu der Verletzten kennt, ist seine Schuld nicht die gleiche, wie wenn er ceteris paribus zur Körperverletzung einer dem Täter fremden

[1]) Köhler: Studien z. Vorentw. S. 37 u. 38.

Person angestiftet hätte. Es ist ein ungehöriges Privileg, wenn er gemäß § 80 D. V. E. nur wegen Anstiftung zu einfacher Körperverletzung haftet. Köhler sucht dem dadurch zu begegnen, daß er sämtliche Änderungsgründe auch auf die Teilnehmer Anwendung finden lassen will mit Ausnahme von Rückfall, Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit, jugendlichem Alter, tätiger Reue und Verjährung, die auch künftig nur höchst persönlich wirken sollen. Nur nebenbei hält es Köhler vielleicht noch für angezeigt, zu bestimmen, daß bei der Strafzumessung auf den Umstand Rücksicht genommen werde, ob der Teilnehmer persönlich dem gleichen besonderen Pflichtenkreis (z. B. als Beamter, als Aszendent, als Deszendent usw.) unterstand wie der Täter. Köhler verkennt die Bedeutung und die Tragweite der eigenen Rechtssphäre eines Sonderdelikts, an die der Anstifter trotz des Bewußtseins von ihrem Vorhandensein nicht heranreicht und im Vergleich zu der diese Kenntnis nur einen geringen Bruchteil jener qualifizierten Schuld darstellt. Schließlich bedeutet es doch etwas anderes, ob ich weiß, daß ein anderer die mir fremde Beamteneigenschaft besitzt oder ob ich selbst in dieser Beamteneigenschaft stehe und die Bedeutung ihres Pflichtenkreises täglich vor Augen sehe. Dieser bedeutende Unterschied kann meines Erachtens aber unmöglich bei der Strafzumessung innerhalb desselben auch auf den Teilnehmer übertragenen Strafrahmens zur Genüge zum Ausdruck kommen. Die Strafschärfungs-, Milderungs- und Ausschließungsgründe haben nach wie vor, selbstverständlich in diesem Zusammenhange vom Standpunkt der akzessorischen Teilnahmenatur aus gesprochen, nur bei demjenigen Berücksichtigung zu finden, bei dem sie vorliegen; der Umstand, daß der anstiftende Fremde den Pflichtenkreis, in dem sich der Angestiftete befand, kannte, würde bei der Strafzumessung innerhalb des für den Anstifter in Frage kommenden Strafrahmens von selbst Berücksichtigung finden und deshalb einer gesetzlichen Bestimmung keineswegs bedürfen.

Meine Forderung geht somit principaliter dahin: Aufgabe der akzessorischen Natur der Teilnahme und individuelle Behandlung eines jeden Teilnehmers nach dem, was gerade er getan hat; eventualiter — d. h. für den Fall, daß das neue Strafgesetzbuch seinen scholastischen Standpunkt der Gesamthaftung nicht aufgeben sollte —: Ausdehnung der „persönlichen" Gründe des § 80 D. V. E. auch auf die „sachlichen".

§ 5.

Vergleichende Herbeiziehung der fremden Entwürfe.

Glauben wir nun den Standpunkt im Problem der akzessorischen Natur im Vorentwurf klargelegt zu haben, so wollen wir als vergleichenden Maßstab noch die beiden bereits erwähnten, kurze Zeit vor der Ende Oktober 1909 erfolgten Veröffentlichung des Deutschen Vorentwurfs erschienenen Strafgesetzentwürfe, den Österreichischen vom September 1909 und den Schweizerischen vom Juli 1909, wie ferner das neue Norwegische Strafgesetzbuch, das vom 22. Mai 1909 datiert, heranziehen, die alle drei moderne strafrechtliche Ideen in sich aufgenommen haben. Interessant ist es festzustellen, daß diese drei zum Vergleich herangezogenen Entwürfe, unter sich verschieden, jene drei Grade der Abhängigkeit vertreten, die wir oben in einem anderen Zusammenhange zum Beweise der Graduierbarkeit der Teilnahme aufgestellt haben; wir schaffen somit an dieser Stelle einen praktischen Beleg für unsere obigen mehr theoretischen Erörterungen. Um es gleich voraus zu nehmen, birgt der Österreichische Vorentwurf die extrem-akzessorische Form der Teilnahme, der Schweizerische Vorentwurf hat die limitiert-akzessorische Gestaltung der Teilnahme angenommen, das Norwegische Strafgesetzbuch steht auf dem Standpunkt der minimal-akzessorische Form der Teilnahme, die sich äußert in ihrer Verselbständigung.

Wenden wir uns zunächst dem Österreichischen Vorentwurf [1]) zu, der die Materie der Teilnahme in seinem sechsten Abschnitte behandelt. Zu dem bereits erwähnten Ergebnis der extrem-akzessorischen Natur kommen wir hier aus der dem § 80 D. V. E. analogen Bestimmung, die sich in § 13 Abs. 3 O. V. E. findet, somit auf einem unserer obigen dem Deutschen Vorentwurf geltenden Beweisführung gleichen Wege. Gehen wir davon aus, daß der Österreichische Vorentwurf in seiner Teilnahmelehre einen grundlegenden Unterschied macht zwischen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen, die die Strafbarkeit aufheben — § 13 Abs. 3 —, und Schuldaus-

[1]) Vergl. hierzu „Allgemeine Bemerkungen" zu Entw. I S. 43—45; Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. 2 S. 100—111; M. E. Mayer: Versuch u. Teilnahme S. 362.

schließungsgründen, die er der mittelbaren Täterschaft unterstellt — § 13 Abs. 4.

Da nun die Schuldausschließungsgründe ausdrücklich in Anwendung auf die mittelbare Täterschaft hervorgehoben sind, also in ihrer Eigenschaft als Deliktsausschließungsgründe, so ist damit ihre Unterscheidung von den Umständen obiger Art, den Strafaufhebungsgründen, von selbst gegeben, die im Gegensatz zu jenen den Deliktscharakter unangetastet lassen. Trotz dieser Unterscheidung sind aber die Schuldausschließungsgründe aus § 13 Abs. 4 O. V. E. doch nur eine Unterart jener persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse, von denen der Abs. 3 redet. Da nun die Schuldausschließungsgründe mit den persönlichen Strafausschließungsgründen, wie oben gezeigt, innerhalb obiger persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse den Sammelbegriff der strafausschließenden persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse bilden, so taucht die Frage auf, wo die persönlichen Strafausschließungsgründe nach Absplitterung der Schuldausschließungsgründe unterzubringen sind. Sie können nur unter die Bestimmung des § 13 Abs. 3, unter die dort erwähnten sogenannten Strafaufhebungsgründe gebracht werden, zumal sie mit ihnen gemein haben, daß bei ihnen der Deliktscharakter der Tat gewahrt bleibe, der § 13 Abs. 3 O. V. E. ferner auch infolge der im Abs. 4 gemachten Ausnahmen alle Arten der persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse erschöpfend fassen will. Dann muß aber der Begriff der Strafaufhebungsgründe des Österreichischen Vorentwurfs falsch formiert sein, da wir unter den Strafaufhebungsgründen solche nach Begehung der Straftat eintretende Umstände zu verstehen haben, welche den bereits entstandenen Strafanspruch vernichten, wie tätige Reue, Begnadigung, Verjährung, die also in scharfen Gegensatz treten zu den Strafausschließungsgründen, welche das Entstehen eines Strafanspruches hindern, zu denen auch die persönlichen Strafausschließungsgründe gehören. In der Tat will auch der Österreichische Vorentwurf, wie ausgeführt, in seinem § 13 Abs. 3 neben den erwähnten Strafaufhebungsgründen auch die persönlichen Strafausschließungsgründe treffen, es war ihm darum zu tun, das Moment der Wahrung des Delikts-Charakters unter der Voraussetzung der Straflosigkeit in prägnante Form zu fassen, er glaubte es erreicht durch Einführung der persönlichen Strafaufhebungsgründe, meinte jedoch neben diesen, in unsere korrektere Form gefaßt, auch die per-

sönlichen Strafausschließungsgründe. Damit ist aber dem § 13 O. V. E. eine Formulierung zuzuschreiben, die genau dem geltenden Deutschen Recht in der Tragweite seines § 50 St. G. B. entspricht, wenn man allerdings sofort erwägend berichtigt, daß die deutsche Rechtsprechung schon bisher die persönlichen Strafausschließungsgründe nach Maßgabe des § 50 St. G. B. behandelt habe. Damit ergibt sich aber, daß für den Österreichischen Entwurf alle unsere obigen Ausführungen, die wir zur Klarlegung der Stellungnahme des geltenden deutschen Rechtes gegenüber der akzessorischen Natur der Teilnahme gemacht haben und die zum Resultat der Anerkennung der extrem-akzessorischen Natur im Strafgesetzbuch geführt haben, in gleicher Weise gelten. Immerhin ist aber der österreichische Gesetzgeber auf den fehlerhaften Konsequenzen dieser beibehaltenen extrem-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme, wie wir oben beleuchtet haben, nicht stehen geblieben, er hat, wie der Verfasser des Deutschen Vorentwurfs, den resultierenden Mängeln gerecht zu werden versucht, freilich auf eine andere Weise, durch die Aufnahme eines weitgespannten Begriffes der mittelbaren Täterschaft, den er in dem bereits erwähnten § 13 Abs. 4 O. V. E. zur Anerkennung bringt und durch den er in der Tat dem Ergebnis des Deutschen Vorentwurfs nahe kommt. Um nämlich unser obiges Ergebnis einer neuen inneren Umgestaltung und eines weiteren Ausbaues der Teilnahmelehre, z. B. die Strafbarkeit der Teilnahme an der Tat eines Unzurechnungsfähigen, zu ermöglichen, tritt der Österreichische Vorentwurf in seinem § 13 Abs. 4 die Bestimmung: „Wer bewirkt, daß ein anderer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, die diesem nicht als vorsätzliche Handlung zugerechnet werden kann, oder wer zu einer solchen Tat Hilfe leistet, ist Täter" und schafft damit einen Begriff der mittelbaren Täterschaft, der in seiner willkürlichen Ausdehnung alle Fälle ausgeschlossener Schuldhaftigkeit faßt. Es fragt sich nur, ob eine derartige Bestimmung, die, um ein fertiges Ergebnis zu begründen, einen zusammenhanglosen Satz im Gesetz darstellt, einer durch Umwandlung des Teilnahmebegriffes gerechtfertigten Lösung, wie sie im Deutschen Vorentwurf herbeigeführt ist, standhält, und das ist zu verneinen. Der ganze Begriff der mittelbaren Täterschaft im Österreichischen Vorentwurf läuft auf eine bloße Fiktion hinaus, es widerspricht dem natürlichen Empfinden, den als Täter anzusehen, der einen Strafunmündigen, während er den Ein-

bruchsdiebstahl begeht, durch Worte oder durch seine bloße Anwesenheit zur Tat ermuntert bezw. den, der aufpaßt, während der Unzurechnungsfähige eine Frauensperson vergewaltigt, wegen mittelbar begangener Notzucht zu bestrafen.

Wenden wir uns nunmehr dem Schweizerischen Vorentwurf [1]) zu, um dessen Zustandekommen sich „Stooß" die größten Verdienste erworben hat. In diesem Entwurf wird der Teilnahme nur ein einziger Paragraph gewidmet und zwar der Art. 23. Dieser Art. 23 enthält nur in seinem Abs. 3 eine mit dem Deutschen § 80 übereinstimmende Vorschrift, die nur in der äußeren Formulierung etwas abweicht, er sagt: „Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden bei dem Täter, Anstifter und Gehilfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen." Aus dieser inhaltlichen Übereinstimmung mit dem Deutschen Vorentwurf ergibt sich, daß das Ergebnis der limitiert-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme, das wir oben für unseren Deutschen Vorentwurf nachgewiesen haben, auch der Teilnahmelehre des Schweizerischen Vorentwurfs zugebilligt werden muß, wir müssen uns an dieser Stelle mit dem Hinweis auf unsere obigen bezüglichen Erörterungen begnügen.

Wenn Hafter [2]) bei der Besprechung dieses Entwurfes den Satz aufstellt: „Das hohle Gespenst der Akzessorietät ist verschwunden", so kann dieser wohl nichts anderes besagen wollen, als daß die akzessorische Form limitiert sei.

Eine ungleich freiere Gestaltung der Teilnahme hat das Norwegische Strafgesetzbuch [3]) erhalten, in dem die modernen und liberalen kriminalistischen Theorien von „Getz", dem Verfasser des Entwurfs, ihre Verwirklichung gefunden haben. Getz kommt zu der radikalen Verselbständigung der Teilnahme dadurch, daß er die Tat des Teilnehmers vollständig sowohl nach ihrer objektiven wie subjektiven Seite hin der Tat des Haupttäters gleichbewertet. Er stellt in objektiver Hinsicht den Satz auf, die Handlung braucht, damit sie im strafrechtlichen Sinne als kausal erscheine, nie den Erfolg notwendig herbeizuführen, es ist überall hinreichend, daß sie sich als förderlich für den beabsichtigten Erfolg darstellt. Schreibt er somit auch den Teil-

---

[1]) Vergl. hierzu: Verhandlungen II S. 389: Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. II S. 111—116; M. E. Mayer: S. 362.
[2]) Hafter: Z. XXX S. 620.
[3]) Vergl. hierzu Begründung S. 307, 308.

nahmehandlungen das Setzen einer Erfolgsbedingung zu, so kommt er, ausgehend von der Buri'schen Kausalitätstheorie der gleichen Wesentlichkeit aller Bedingungen eines Erfolges zu dem Ergebnis, daß jeder für ein Verbrechen irgend wie mitwirksam gewesener „Verursacher" des Verbrechens ist, mag er nun unmittelbarer Verursacher (— als Täter —) oder mittelbarer Verursacher (— als Anstifter oder Gehilfe —) sein. Stellt Getz somit einen kriminalistischen Kausalzusammenhang zwischen der Teilnahmehandlung und dem Haupterfolg auf, so steht zunächst objektiv nichts im Wege, jeden Teilnehmer als (mittelbaren) Täter anzusehen. Aber auch nach der subjektiven Seite sucht Getz die Teilnahme als besondere Schuldform aufzugeben und sie vielmehr in Täterschaft umzusetzen, da sich bei allen am Verbrechen Beteiligten der Vorsatz auf das Verbrechen und seinen Erfolg selbst richtet, mithin der Teilnahmehandlung in Übereinstimmung mit der Haupttat das gleiche Schuldmaß zuzumessen ist. Ausgehend von diesen beiden Sätzen, daß jeder Mitwirkende durch seine Tätigkeit den Eintritt des Erfolges fördere und ihn somit verursache, ferner, daß alle Mitwirkenden das Verbrechen selbst wollen, also mit demselben Tätervorsatz handeln, sieht er in allen Mitwirkenden „Täter" des Verbrechens. Als eine erste Folgerung aus dieser Auffassung der Teilnahme als Täterschaft ergibt sich für das Norwegische Strafrecht, daß besondere Bestimmungen über die Teilnahme im Allgemeinen Teil von vornherein unnötig sind, daß jedoch die Strafdrohung bei den einzelnen Verbrechen im besonderen Teile so formuliert sein muß, daß sie alle Mitwirkende trifft. Hierbei stellt sich aber sofort die berichtigende Erwägung ein, daß durch eine solche gleichmäßige allgemeine Bestimmung auch die Teilnehmer an Verbrechen, zu deren Täterschaft besondere, dem Teilnehmer fehlende persönliche Eigenschaften, wie die eines Beamten, eines Gewerbetreibenden oder einer Militärperson gehören, als Täter bestraft würden. Um dieser Einschränkung gerecht zu werden, hat denn auch das Norwegische Strafgesetzbuch die Strafdrohung bei den eben angedeuteten besonderen Verbrechen auf den unmittelbaren Täter allein beschränkt. Es hat die Materie der Teilnahme so geregelt, daß es regelmäßig bei den einzelnen Verbrechen im Besonderen Teile die Tatbestände so faßt, daß die Strafdrohung alle Mitwirkenden trifft, während es in jenen Ausnahmefällen die Strafdrohung auf den Bewirkenden allein beschränkt. In den Fällen nun, in

denen das Norwegische Strafgesetzbuch als seinen Willen kund geben will, daß hier, aber auch nur hier, der Mitwirkende dem Täter rechtlich gleich stehen soll, formuliert es die Tatbestandshandlungen des einzelnen Verbrechens regelmäßig mit den Worten: wer bewirkt oder dazu mitwirkt, daß — —, bei den erwähnten besonderen Verbrechen dagegen ist die Tatbestandsformulierung mit den Worten getroffen: wer bewirkt, daß — — —, somit ohne den Zusatz: oder dazu mitwirkt, um hier zum Ausdruck zu bringen, daß die Strafdrohung in diesen Ausnahmefällen nur dem unmittelbaren Täter gilt, der mittelbare Täter also straffrei bleibt. Aus der Auffassung der Teilnahme als Täterschaft folgt aber weiter noch, daß jeder der Mitwirkenden selbständig für die von ihm gewollte und verursachte Tat zu strafen ist und zwar grundsätzlich mit der gleichen Strafe. Etwaige Strafmilderungsgründe können nur bezüglich aller Beteiligten in gleicher Weise anerkannt werden, deren Anwendbarkeit aber nicht aus ein für allemal feststehenden Gründen, die die Art der Teilnahme rechtfertigen, herzuleiten ist, sondern nur aus Gründen, die jedesmal in der Person des einzelnen Beteiligten wurzeln. Dieser aus der Behandlung der Teilnahmelehre notwendig folgende Satz hat seine gesetzliche Fixierung in dem § 58 des Allgemeinen Teils des Norwegischen Strafgesetzbuches gefunden, der sagt:

„Haben mehrere zu einem strafbaren Zwecke zusammen gewirkt und ist die Mitwirkung eines einzelnen entweder im wesentlichen durch seine Abhängigkeit von einem anderen der Beteiligten veranlaßt worden oder im Verhältnis zu der anderer von geringer Bedeutung gewesen, so kann in Hinsicht seiner die Strafe unter das angedrohte Mindestmaß oder auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden. Wo nach sonstigen Regeln Geldstrafe verhängt werden könnte, sowie bei Übertretungen kann die Strafe ganz fortfallen."

Eine weitere Konsequenz wäre noch die, daß infolge der Umwandlung der Teilnahme in Täterschaft jeder Versuch der Mitwirkung als Versuch der Täterschaft nach § 49 N. St. G. B. strafbar ist, sofern es sich nicht bloß um eine Übertretung handelt. Haben wir so gesehen, daß die Verselbständigung der Teilnahme, ihre Umsetzung in Täterschaft, im Norwegischen Strafgesetzbuch mit allen ihren Konsequenzen folgerichtig durchgeführt ist, so ergibt sich damit für unser Problem der akzessorischen Natur der Teilnahme, daß die Abhängigkeit von der

Haupttat gelöst ist, oder sagen wir besser, auf jenes Minimum reduziert ist, von dem die Teilnahme nach unseren obigen Ausführungen in ihrer minimal-akzessorischen Form abhängig sein muß, die aber keine strafrechtliche Abhängigkeit mehr, vielmehr eine Verselbständigung, wie wir sie im Norwegischen Strafgesetzbuch haben, bedeutet.

Es bliebe nun noch zu untersuchen, wie die Gestaltung der Teilnahme im Norwegischen Strafgesetzbuch im Vergleich zu unserem Deutschen Vorentwurf zu beurteilen ist.[1]) Aus der Umsetzung der Teilnahme in Täterschaft ergibt sich, daß der Begriff der Beteiligung mehrerer Personen an der Hervorbringung eines Erfolges beseitigt ist. Ich meine, schon die Ausschaltung dieses Begriffes an und für sich gibt zu Bedenken Anlaß, da er nicht etwa eine rein juristisch-terminologische Berechtigung hat, sondern lediglich in der Vorstellung des täglichen Lebens begründet ist. Seine Verleugnung im Rechtsleben hat von vornherein etwas Unnatürliches an sich, eine Verkünstelung, die sich mit dem allgemeinen Begriffsvermögen in Widerspruch setzt. An der Unnatur dieser Bestrebung, den Teilnahmebegriff zu umgehen, sind die Getzschen Ideen selbst gescheitert, da sie schließlich zuletzt in der Formulierung: „bewirken und dazu mitwirken", doch eine Unterscheidung in Täterschaft und Teilnahme anerkennen.

Aber die Beseitigung dieses Begriffes könnte trotz ihrer terminologischen Bedenken ihre innere Berechtigung haben, falls sich ihre Ignorierung als notwendiges Resultat einer zugestandenen Beweisführung darstellen sollte. Aber hier ist zu sagen, daß die Umwandlung in Täterschaft und die daraus resultierende isolierte Behandlung jedes einzelnen Beteiligten zu unrichtigen und ungerechten Ergebnissen führt, da sie Zusammengehöriges trennt. Auch wir haben uns oben zu einer individuellen Behandlung der einzelnen Teilnehmer bekannt, aber nur in dem Sinne, daß jeder Teilnehmer für das, was er getan hat, selbständig verantwortlich zu machen ist, — aber nur unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme, ohne eine Verselbständigung der Teilnahme bis zum Grade der Täterschaft vorzunehmen, die zur Voraussetzung die Anerkennung des Satzes haben würde, daß

---

[1]) Vergl.: Mitteilungen V 348—363; v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 86 ff,. 127 ff., 134, 135; Begr. z. Vorentw. S. 307 ff.; Kantorowicz S. 307 ff; v. Bar: Ges. u. Schuld II S. 611; s. weiter die wiederholten Hinweise auf die herangezogenen Binding'schen Schriften, sowie Beling, Sontag usw.

alle Bedingungen für den Verbrechenserfolg gleichwertig sind, den wir jedoch bereits oben abgelehnt haben. Für die Unhaltbarkeit und Unrichtigkeit der Getzschen Ideen spricht denn auch, daß diese prinzipielle Auffassung der Teilnahme als Täterschaft nicht einmal bei allen Verbrechen durchgeführt werden kann, daß bei den Sonderdelikten, wie Amtsverbrechen, Militärverbrechen diese generelle Regelung durchbrochen und Ausnahmen gemacht werden müssen, die die gerechte Bestrafung des Teilnehmers vereiteln oder höchstens unter dem Gesichtspunkt des „delictum sui generis" möglich machen. An den unüberwindlichen Schwierigkeiten, die dieser Auffassung die erwähnten Sonderdelikte bereiten, ist das ganze Getzsche System der Verselbständigung als gescheitert anzusehen.[1]) In den Fällen nun, in denen die isolierte Behandlung der Beteiligten durchgeführt ist, sucht das Norwegische Strafgesetzbuch die unrichtigen Ergebnisse, wenigstens in ihrer Schlußanwendung auf die Auswerfung der Strafe, dadurch zu korrigieren, daß es im § 58 den Richter durch die Befugnis weitgehender Strafmilderung in den Stand setzt, nach seinem Ermessen die aus der Gesetzesanwendung der Gleichbestrafung sich notwendig ergebenden Härten zu beseitigen. Sagt der in seinem Wortlaut bereits erwähnte § 58 N. St. G. B. am Schluß: . . . . so kann in Hinsicht seiner (nämlich des Mitwirkenden) die Strafe unter das angedrohte Mindestmaß oder auf eine mildere Strafart herabgesetzt werden. Wo nach sonstigen Regeln Geldstrafe verhängt werden könnte, sowie bei Übertretungen kann die Strafe ganz fortfallen," so erfährt nach ihm das freie Ermessen des Richters eine solche Ausdehnung, daß er nicht nur ein schrankenloses Strafmilderungsrecht, sondern sogar bei leichteren Delikten ein Recht des Straferlasses, also geradezu ein Begnadigungsrecht gegenüber Tätern und Teilnehmern besitzt.[1]) Das heißt aber die Bestrafung des Teilnehmers im wesentlichen in ein solch' freies Ermessen des Richters stellen, daß daraus eine große Ungleichmäßigkeit resultiert, die zu den größten kriminalpolitischen Bedenken Anlaß gibt.[2])

Daneben macht Kantorowicz[3]) noch auf einen beklagenswerten Mißgriff bei der technischen Ausführung des Gedankens

[1]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 129, 134.
[2]) Vergl Begr. S. 308.
[3]) Kantorowicz in Aschaffenburgs Mon.-Schr. f. Kriminalpsych. u. Strafrechtsref. S. 307.

aufmerksam, der durch die jedesmalige schleppende Formel; „wer bewirkt oder dazu mitwirkt, daß", der einzelnen Delikte des Besonderen Teiles seine Ausdrucksform erhält. Allerdings hätte man, wenn der Unterscheidung ein klarer Unterschied zu Grunde liegt, diesen Unterschied im Allgemeinen Teil ausdrücken können, die Anwendung dem Richter überlassend. So führt uns auch die Betrachtung dieser modernen Lehre der Verselbständigung der Teilnahme im Norwegischen Strafgesetzbuch, die zweifellos einen gesunden Kern enthält und nur in ihrer Ausprägung als Täterschaft zu weit geht, doch wieder gebieterisch zur Teilnahme-Theorie zurück. Jedenfalls bietet aber das Norwegische Gesetzbuch, das bereits als lebendes Gesetzgebungswerk unsere obigen Ideen der Verselbständigung der Teilnahme, wenn auch in einer zu weiten Ausdehnung, aufgenommen hat, diesen unseren Forderungen eine vergleichende Stütze. Diese seine moderne Lehre verdient auch von den Gegnern gebührende Beachtung, so daß an ihr der Gesetzgeber, der heute an die Neuregelung der Materie der Teilnahme herantritt, nicht spurlos vorübergehen kann, hat doch von Liszt[1]) sogar den Getzschen Standpunkt als den für die Gesetzgebungen am besten zu empfehlenden bezeichnet.

[1]) Mitteilungen v. d. I. K. V. S. 516.

II.

Die einzelnen Formen der Mitschuld.

Haben wir in unserem ersten Teil den Gesamtbegriff der Teilnahme zu Grunde gelegt und wenden wir uns jetzt den einzelnen Mitschuldsformen zu, so heißt das zunächst die Auflösung der Teilnahme in ihre einzelnen Formen vollziehen. Hieraus ergeben sich uns, wie jedem Gesetzgeber in jedem Teilnahmesystem, so auch den Verfassern des Deutschen Vorentwurfs, die grundlegenden Fragen, ob überhaupt diese gesetzliche Zerlegung des Oberbegriffes in die einzelnen Unterbegriffe notwendig zu erfolgen hat, zutreffendenfalls, auf welche Teilnahmearten sich diese Auflösung zu erstrecken hat. Aus der Stellungnahme zu diesen beiden prinzipiellen Fragen gewinnen wir erst den berechtigten Standpunkt, von dem aus wir dann die einzelnen im Deutschen Vorentwurf anerkannten Teilnahmearten nunmehr allerdings unter dem Gesichtspunkt des im ersteren Teil unserer Arbeit gewonnenen Resultates, unter Hintritt noch etwaiger anderer Mitschulds-Erscheinungen, zu betrachten haben. Wenden wir uns also einleitend erst diesen beiden erwähnten Grundfragen zu.

§ 6.

Ist eine Unterscheidung oder Gleichstellung aller Teilnehmer im Gesetz erforderlich?

Die Unterscheidung verschiedener Arten von Teilnehmern entspricht der natürlichen Auffassung, wie sie sich auch in dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens kund gibt.[1]) Man bezeichnet die Tätigkeit des einzelnen Beteiligten bald als gemeinschaftliches Handeln mit anderen, bald als Veranlassen oder Unterstützen fremden Handelns. Wird auch diese rein natür-

[1]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 133.

liche terminologische Differenzierung, die im Vorstellungsvermögen des einzelnen Wurzel geschlagen hat, nicht beseitigt werden können, so gibt das an sich noch keinen Grund dafür ab, diese Unterscheidung im Gesetz anzuerkennen. Die Frage: sollen Arten der Teilnehmer gesetzlich unterschieden, oder sollen alle Teilnehmer vom Gesetz aneinander gleichgestellt werden, basiert lediglich auf der Beantwortung der anderen Vorfrage: sollen die einzelnen Teilnahmearten verschieden oder gleich behandelt werden. Im ersten Falle wäre eine begriffliche Unterscheidung im Gesetz geboten, im zweiten Falle aber ihre Namhaftmachung überflüssig. Wollte man die einzelnen Teilnahmeformen einer einheitlichen Behandlung unterwerfen, so müßte man sie unter dieselbe einheitliche Strafdrohung bringen, für die dann nur, mit Rücksicht auf den gegebenen Fall einer Anstiftung oder Täterschaft, der ordentliche, für den Täter geltende Strafrahmen in Frage kommen könnte. Diese prinzipielle Gleichbestrafung muß aber bedenklich erscheinen für die Beihilfe, zumal in einem Rechtssystem, das auch absolute Strafen kennt und die relativen oft durch hohe Minima begrenzt. Die kriminelle Bedeutung der Beihilfe in Bezug auf den Verbrechenserfolg kann nämlich erheblich geringer sein als die Täterschaft, auch falls man sie auf das ihr charakteristische Schuldminimum reduzieren sollte. So haben auch die objektiven wie die subjektiven Teilnahmetheorien übereinstimmend die kriminelle Wertung des Gehilfen für absolut geringer erklärt als die des Täters und daher eine mildere Bestrafung des ersteren gefordert. Die Anhänger der objektiven Theorien sehen diese geringe Bedeutung der Gehilfenhandlung teils in einer untergeordneten Kausalität für den Erfolg, da nach ihrer Konstruktion der Unterscheidung von Ursache und Bedingung der Gehilfe nur eine weniger rechtserhebliche Bedingung setzt, teils in der geringeren sozialen Bedeutung der Gehilfentat. Die subjektiven Theorien halten die Schuld des Gehilfen für absolut geringer, da sein dolus nicht die Intensität hat, die dem Täter innewohnt. In der Tat ist auch der unmittelbare Erfolg der Beihilfe, der immer in der Unterstützung des Täters liegt, niemals, der auf diesen Erfolg gerichtete und beschränkte Vorsatz selten von derjenigen verbrecherischen Intensität erfüllt, die in den entsprechenden Teilen der Täterhandlung in deren unmittelbaren Richtung auf das Rechtsgut zu finden ist. Diese Rechnung verschiebt sich aber noch mehr zu Ungunsten des Täters, wenn man, um die

Differenz beider Strafwerte festzustellen, die noch einzustellende Haupttat als seinen unmittelbaren Erfolg hinzurechnet, dem auf der andern Seite nur der weniger ins Gewicht fallende unmittelbare Erfolg des Gehilfen, soweit er sich in dem Verbrechenserfolg äußert, gegenüber zu stellen ist. Eine geringere Bewertung der Gehilfenhandlung, in praktischer Anwendung auf das Strafmaß, ergibt sich somit als notwendige Konsequenz. Neben diesen rein juristischen Gründen spricht für eine geringere Bestrafung des Gehilfen auch noch die rein natürliche Erwägung, auf die sich besonders die Begründung zum Deutschen Vorentwurf [1]) beruft, daß nach der Volksanschauung der Gehilfe als der minder Schuldige erscheint, daß das Volk nicht will, daß der bloße Gehilfe ebenso bestraft werde wie der Anstifter und Täter, also z. B. beim Hochverrat und Morde mit dem Tode. Beiden Beweisführungen könnte man entgegenhalten, die geringere Schuld des Gehilfen könne innerhalb des regulären Strafrahmens berücksichtigt werden. Eine solche Differenzierung innerhalb des gesetzlich vorgesehenen Strafrahmens muß aber schon an den absoluten Strafdrohungen, von denen auch der Deutsche Vorentwurf nicht frei ist, scheitern. Die relativen Strafdrohungen würden zwar eine Reduzierung der Strafe für den Gehilfen an sich zulassen, doch bleibt damit noch dahingestellt, ob innerhalb dieser Strafrahmen die Strafminderung so erfolgen kann, daß sie auch allen Stufen und Schuldgraden der Beihilfe gerecht wird. Das setzt aber voraus, daß die einzelnen Strafminima im jeweiligen System so gefaßt sind, daß sie auch den untersten Schuldstufen der Beihilfe entsprechen, ferner, daß ohne irgendwelches kriminal-politisches Bedenken von einer Festlegung der oberen Grenze der Gehilfenschuld abgesehen werden kann. Legen wir unser eben gewonnenes Resultat zu Grunde, daß der Schuldwert einer Beihilfe erheblich hinter dem für die Täterschaft charakteristischen Schuldminimum zurückbleiben kann, so würde die Möglichkeit einer gerechten Würdigung der verschiedenen Schuldgrade durch freie richterliche Strafzumessung stets ein Gesetz voraussetzen, das seine Strafrahmen so weit gespannt hat, daß der Richter nach völlig freiem Ermessen die von ihm für angezeigt erachtete Strafherabsetzung in Gestalt einer äußerst weitgehenden Strafminderung oder Strafmilderung bestätigen dürfte. Eine derartige Erweiterung kann aber keineswegs zu

[1]) Begr. S. 302.

empfehlen sein, denn das hieße dem Richter die Aufgabe des Gesetzgebers übertragen und die Bestrafung im wesentlichen von seinem Ermessen abhängig machen, also großer Ungleichmäßigkeit überliefern. Eine derartige übertriebene Ausdehnung ist auch keineswegs im Vorentwurf eingeführt, wenn auch hier in zu billigender einwandsfreier Weise die freie richterliche Strafbewertung an Spielraum gewonnen hat. Ergibt sich somit für den Deutschen Vorentwurf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Festlegung der unteren Grenze des nunmehr bedingten Gehilfenstrafrahmens, so steht auch eine obere Begrenzung außer Frage. Haben wir oben die prinzipielle Lösung getroffen, daß in krimineller Wertung die Gehilfentat stets hinter der oberen Strafrahmengrenze der Täterschaft beträchtlich zurückbleibt, so muß eine derartige prinzipielle Lösung die ein für allemal getroffen ist, auch im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden. Man kann Ausnahmen und etwaige Möglichkeiten wohl freier Würdigung und Berücksichtigung überlassen, gelöste Probleme gehören als wissenschaftlich begründete Forderungen ins Gesetz, um stets eine Garantie für ihre Anwendung zu haben. Aus der Einkreisung des unteren und oberen fixierten Schuldpunktes der Beihilfe ergibt sich die Peripherie für den neuen Gehilfenstrafrahmen, der in den laufenden Strafrahmen des Täters übergreift. Erfordert somit die Beihilfe eine von der Täterschaft differenzierte Behandlung, so ergibt sich allein schon daraus die Notwendigkeit der Regelung und Unterscheidung der Teilnahmeformen im Gesetz.[1])

Der Deutsche Vorentwurf hat das Richtige getroffen, daß er innerhalb der Teilnahme begriffliche Unterschiede gemacht hat. Damit ist allerdings der Vorentwurf dem französischen Prinzip[2]), wie es in den Forderungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung[3]) zum Ausdruck kommt, nicht gefolgt. In diesen Forderungen geben sich aber in Wirklichkeit nur die Konsequenzen kund, die sich aus den Auffassungen der

[1]) Ebenso für eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen Teilnahme und Täterschaft aus gleichem Grunde Köhler: Studien z Vorentw. S. 36.

[2]) Schon im älteren französischen Rechte galt gesetzlich nach den Etablissements Louis IX. die gleiche Bestrafung aller Teilnehmer, und die Gesetzgebung der Revolutionszeit und der Code pénal Art. 59, 60 behielten sie bei; das Prinzip der Gleichstellung aller Teilnehmer wurde später gemildert durch die Zulassung mildernder Umstände: S. hierzu: Vergl. Darst. Allg. Teil Bd. II S. 102—107; v. Bar Gesetz und Schuld II S. 590; Begr. z. V. E. S. 301.

[3]) s. Literatur auf S. 835, 3).

„modernen Strafrechtsschule" für die Teilnahmelehre ergeben. Die Bemessung der Strafe lediglich nach der Gesinnung der Mitwirkenden bringt es mit sich, daß von der Unterscheidung der Arten der Teilnahme abzusehen ist und alle zu einem Verbrechen Mitwirkenden gleich zu strafen sind, da Anstiftung und Beihilfe zum Verbrechen im Zweifel die nämliche verbrecherische Gesinnung verraten wie die Täterschaft.[1]) In diesem Sinne hat v. Liszt auf der sechsten Hauptversammlung der I. K. V. in Linz (1895)[2]) auseinandergesetzt: der Einfluß der neueren strafrechtlichen Anschauungen auf dem Gebiet der Teilnahme äußere sich darin, daß man auf die viel erörterten Unterscheidungen unter den Teilnehmern, insbesondere in Bezug auf Mittäterschaft und Beihilfe, kein Gewicht mehr lege, sie für überflüssig und zwecklos halte.

Folgen wir diesen Konsequenzen schon aus dem Grunde nicht, weil wir nicht auf ihre Voraussetzungen, die Grundprinzipien der modernen Schule schwören[3]), so ergibt sich ihre im Vorentwurf mit Recht erfolgte Ablehnung, soweit sie die grundsätzliche Gleichbestrafung aller Teilnehmer und die Überweisung der Berücksichtigung der Schuldunterschiede unter den verschiedenen Teilnehmern an den Richter betreffen,[4]) vollkommen aus den oben erörterten Gründen, soweit die Beseitigung der gesetzlichen Unterscheidung der Teilnahmearten und die Beschränkung auf ihre bloße Namhaftmachung in Frage kommt, aus der Erwägung, daß der Gesetzgeber, wenn er es geboten hält uns die Arten der Teilnehmer zu nennen, die er als solche betrachtet, dann auch verpflichtet ist, anzugeben, was er darunter versteht,[5]) zumal ohne Legaldefinitionen bei den vielen schwebenden Streitfragen die größte Begriffsverwirrung zu befürchten ist.[6])

---

[1]) v. Birkmeyer: Studien zu dem Hauptgrundsatz der modernen Richtung im Strafrecht „Nicht die Tat, sondern der Täter ist zu bestrafen." S. 25.

[2]) Mitteil. V. d. I. K. V. S. 514 ff.

[3]) Vergl. hierzu unten S. 103 ff.

[4]) Vergl. auch die Thesen 1 u. 2 der deutschen Gruppe der I. K. V., die in der Sitzung vom 6. Juni 1903 auf Grund von Referaten, die Harburger u. Heimberger erstattet haben, aufgestellt sind. Mitt. XI. S. 544; vergl. im übrigen d. S. 538, 539 daselbst.

[5]) v. Birkmeyer Vergl. Darst. S. 136.

[6]) Vergl. zu den vorangehenden Ausführungen Bgr. z. Vorentw. S. 300 bis 302, 308, 309; von Birkmeyer Vergl. Darst. S. 87 ff, S. 135 ff (S. 19 ff, S. 47 ff); Mitt. XI d. I. K. V. S 512 ff; M E. Mayer: Versuch u. Teilnahme in Aschrott-v. Liszt S. 363—365.

Von den drei zum Vergleich herangezogenen fremden Vorentwürfen bezw. Rechten haben abgesehen von dem Norwegischen Recht, in dessen System der Verselbständigung der Teilnahmehandlungen von einer gesetzlichen Unterscheidung der Teilnahmearten von vornherein keine Rede sein kann, der Österreichische und der Schweizerische Vorentwurf eine gesetzlich fixierte begriffliche Unterscheidung aufgenommen. Für sie sprechen allerdings nicht unsere oben erwähnten Gründe, die wir dem Deutschen Vorentwurf zu Grunde gelegt haben, da beide Vorentwürfe das System der Gleichbestrafung der Teilnehmer, der Schweizerische unter Statuierung fakultativer Strafmilderung beim Gehilfen (Art. 22 Abs. 2), aufgenommen haben, somit bei ihnen nicht aus der Beantwortung der Grundfrage, ob sie den Teilnahmeformen eine verschiedene Behandlung angedeihen lassen, die Berechtigung der gesetzlichen Unterscheidung der Teilnahmearten herzuleiten ist. Aber wiederum unterstützen gerade diese beiden Vorentwürfe unseren oben gewonnenen Standpunkt der Notwendigkeit einer gesetzlichen Unterscheidung. Denn wenn selbst da, wo das Gesetz die grundsätzliche Gleichbestrafung aller Beteiligten vorschreibt, dennoch das Bedürfnis besteht, verschiedene Arten der Teilnahme anzuerkennen, um für die einzelnen Beteiligten die Strafe je nach dem Masse ihrer Schuld und ihrer Tätigkeit innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens verschieden abzustufen, so gewinnt dadurch die Forderung dieser Unterscheidung in einem System, das, wie der Deutsche Vorentwurf, für die Teilnahmearten eine verschiedenartige Behandlung vorschreibt, noch mehr an Berechtigung. [1])

§ 7.

Auf welche einzelne Unterarten hat sich die Auflösung der Teilnahme zu erstrecken?

Ist nun die Notwendigkeit einer Unterscheidung anerkannt, so fragt sich nunmehr, in welche einzelne Teilnahmearten sich die Auflösung des Teilnahmebegriffes zu vollziehen hat. [2]) Als einzelne Erscheinungen können in Frage kommen nur Mit-

[1]) M. E. Mayer: Versuch und Teilnahme: S. 349/367.

[2]) Vergl. z. diesen Ausführungen v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 143 ff. Begr. z. Vorentw. S. 303, 304; M. E. Mayer in Aschrott-v. Liszt Allg. Teil Bd. I. S. 363/367.

täterschaft, Anstiftung und Beihilfe, da diese schon nach der natürlichen Auffassung des täglichen Lebens die einzigen Formen sind, die zu der Haupttat in Beziehung treten können. Der Vorentwurf hat sich, um es gleich vorauszunehmen, für die Beibehaltung der Anstiftung und Beihilfe unter Eliminierung der Mittäterschaft als besondere Art der Teilnahme entschieden.

Ehe wir uns der markanten Neuerung der Abtrennung der Mittäterschaft von der Teilnahme zuwenden, wollen wir erst in Kürze die Gründe revidieren, die für eine Beibehaltung und damit gesetzliche Unterscheidung der Anstiftung und Beihilfe sprechen. Daß die Beihilfe als besondere Form der Teilnahme zu figurieren hat, ergibt sich zur Genüge aus unseren obigen Erörterungen, die zeigen, daß die Beihilfe wegen ihrer untergeordneten Bedeutung für den Verbrechenserfolg einen milderen besonderen Strafrahmen neben der Täterschaft beansprucht.[1]) Was die Anstiftung betrifft, so könnte diese nur unter dem Gesichtspunkt der intellektuellen Urheberschaft von der Teilnahme losgelöst werden.

In diesem Sinne will es Binding und damit kommen wir zu seinem geistvollen und hervorragenden System[2]), an dem der Gesetzgeber unmöglich vorübergehen kann, ohne die in ihm vollkommen neu entwickelten Gedanken und Ziele, die dem ganzen Problem eine neue Richtung zu geben vermögen, einer eingehenden Betrachtung und Würdigung zu unterziehen. Binding unterwirft seiner Betrachtungsweise die sämtlichen Formen des verbrecherischen Subjektes und geht dabei von dem Täterbegriff, der den Grund- und Eckstein der ganzen Lehre vom verbrecherischen Subjekt bildet, aus. In ihrer ursprünglichen Beschränktheit habe die Täterschaft Eigenhändigkeit der Tat erfordert.[3]) Mit der Zeit habe man erkannt, daß der Täter sich nicht nur des toten, sondern auch des lebendigen Werkzeuges bedienen konnte, etwa des bissigen Hundes und später auch des unzurechnungsfähigen Menschen. Im letzteren Falle entstand ein ganz neues Gebilde. Zwei Menschen hatten das Verbrechen zusammen hervorgebracht, der eine, das unzurechnungsfähige Werkzeug hatte nur den objektiven Tatbestand gesetzt, der andere hatte allein den schuldhaften Willen und hatte diesen

---

[1]) Auch die Begr. z. Gegenentw. billigt auf S. 46 die Beibehaltung und mildere Bestrafung der Beihülfe.

[2]) Vergl. G. S. Bd. 71 S. 1 ff, Bd. 76 S. 1 ff. Bd. 78, S. 1 ff.

[3]) G. S. Bd. 78 S. 8; Bd. 71 S. 4.

durch Benutzung des Werkzeugs zur Verwirklichung gebracht. Die Folge dieser erkannten Tauglichkeit des menschlichen Werkzeugs war eine bedeutende Erweiterung des Gebietes der Täterschaft. Binding[1]) wirft nun die Frage auf: ob es in dem Gange jener Ausdehnung der Täterschaft nicht geboten gewesen wäre, zu ihrem Abschlusse den letzten, größten und kühnsten Schritt zu tun und zu sagen: Täter wird auch der, der seinen Täterwillen durch einen Zurechnungsfähigen zur Ausführung bringen läßt. Daß solche Ausführung des Täterwillens möglich ist, zeige die Lebensbeobachtung an allen Ecken und Enden, und deckt sich damit der Satz, den schon die Italiener gelehrt haben, quid quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur. Binding untersucht zunächst diese Formen ganz uneigenhändiger Täterschaft auf ihre Berechtigung hin. Das von ihm gestellte Problem, das die Frage nach dem Grade der Ausdehnung der Täterschaft auf die Fälle der Uneigenhändigkeit der Willensausführung zum Gegenstand hat, bewegt sich somit in einem Raum zwischen dem niedrigsten Punkte der Skala, der die Form ganz uneigenhändiger Täterschaft durch das handlungsunfähige menschliche Werkzeug darstellt und dem höchsten, der die Konstruktion der echten mittelbaren Täterschaft durch echten unmittelbaren Täter, d. h. durch einen Zurechnungsfähigen, zuläßt und hat innerhalb dieses Feldes zum Gegenstande die Festlegung der Grenze der Täterschaft von den übrigen unten noch näher zu untersuchenden Formen des verbrecherischen Subjektes. Binding[2]) knüpft daran an, daß es heute niemanden gibt, der die Form ganz uneigenhändiger Täterschaft durch das handlungsfähige menschliche Werkzeug überhaupt verwürfe. Wird aber dem geltenden Recht zum Trotz noch immer an dem Satz festgehalten, alle Verbrechen könnten in mittelbarer Täterschaft verübt werden,[3]) so vermag Binding[4]) dieser Ansicht nicht beizustimmen, da sie sich nur als Folge einer nicht exakten Beobachtung der Erscheinungen darstellt. Es gibt, — und damit berührt Binding ein wertvolles Ergebnis neuester sorgfältiger Beobachtungen auf dem Gebiete der Täterschaft, eine ganze Anzahl von Verbrechen, die von ihren Tätern nur eigenhändig begangen werden können, also eine mittelbare Täterschaft aus-

[1]) Binding Bd. 78 S. 9.
[2]) G. S. Bd. 78 S. 9.
[3]) Vergl. von Liszt: Lehrbuch S. 219 Anm. 3 R. G. IV, 256; XII, 67; XVIII, 419; Finger: Lehrb. S. 337; v. Br.: Gesetz und Schuld II. S. 636 ff.
[4]) G. S. Bd. 78 S. 8.

schließen. Die deliktische Handlung ist bei ihnen so individuell an die delinquierende Persönlichkeit geknüpft, daß diese sie eigenhändig vornehmen muß und sich bei ihrer Vornahme nicht durch irgend eine andere vertreten lassen kann. Binding führt unter anderen folgende Beispiele an: Der Richter, der das Recht beugen soll, muß selbst Recht sprechen, der Ehegatte persönlich die Ehe brechen, der Bruder, soll es zum Inzest kommen, sich mit der Schwester persönlich geschlechtlich vergehen, der Meineidige selbst die unwahre Beweisaussage gemacht und beschworen haben. Ich schließe mich hierin ganz der Bindingschen Auffassung an und kann unmöglich in einer Person, die weder aussagt noch schwört, einen Meineidstäter sehen.[1])

Zu gleichem Resultat kommt vor allem Nagler in seiner trefflichen Schrift: Die Teilnahme am Sonderverbrechen.[2]) Ist der Angestiftete jeder Haftbarkeit ledig, weil ihm das Geschehene nicht zugerechnet werden kann, so ist nach Nagler ein Sonderverbrechen überhaupt nicht verwirklicht worden. „Die Annahme einer (sog. mittelbaren) Täterschaft des Sonderverbrechens scheidet von vornherein aus, weil der Anstiftende einer solchen als nur sekundär Gebundener unter keinen Umständen fähig ist." Wenn von Liszt[3]) dem entgegenhält, daß diese Einschränkungen zur Straflosigkeit dessen führen, der sich des menschlichen Werkzeugs bedient, so beweist dies nur die Mangelhaftigkeit der Regelung dieser Materie de lege lata, auf deren Ausgestaltung wir unten noch des näheren zurückkommen.

Damit finden wir uns auch zugleich mit dem Einwand v. Bars[4]) ab, daß unser Satz „die Straflosigkeit wahrhaft abscheulicher, mit größtem Raffinement ausgeführter Taten zur Folge haben würde." Aber auch aus materiellen Gründen müssen wir uns gegen die von Bar[5]) vertretene Ansicht wenden, daß mittelbare Täterschaft bei allen Delikten möglich ist, nur nicht beim Eidesdelikte. v. Bar führt dazu aus: „Der mittelbare Täter begeht das Delikt, indem er sich des unmittelbaren Täters als eines Werkzeuges bedient, als wäre er gewissermaßen die Seele des unmittelbaren Täters; — denn er haucht ihm ja den

---

[1]) Gleicher Meinung Binding: Grundriß S 146, G. S. Bd. 78 S. 14. Bd. 71 S. 5; ebenso Frank I Teil 3 Abschn. III 7 A, S. 81, S. 83 u. Olshausen I Teil 3 Abschn. 5/8 A. I, S. 160.

[2]) S. 156

[3]) Lehrb. S. 219 Anm. 3 S. 2.

[4]) v. Bar: Gesetz u. Schuld. Bd. 2, S. 640.

[5]) v. Bar: a. a. O. S. 641.

entscheidenden Willensakt ein, — der im übrigen derselbe Mensch bleibt mit allen seinen natürlichen Eigenschaften und in allen seinen rechtlichen Beziehungen. So erhalten wir, ohne das Prinzip durchbrechen zu müssen, ebenfalls die Möglichkeit, den mittelbaren Täter bei Sonderdelikten zu strafen. Damit ignoriert aber von Bar, das gerade die Grundlage für unsere obigen Beschränkungen abgibt, die Schuldseite, daß sich bei den sog. Standesverbrechen bei demjenigen, der in dem betreffenden Verbande selbst nicht steht, das Gefühl für diese Pflichten nicht mit derselben Stärke geltend macht, wie bei dem Intraneus. Wenn v. Bar nur in einzelnen Fällen eine geringere Verschuldung des mittelbaren Täters anerkennen will: — „daß ein Telegraphenbeamter von dem Inhalte der telegraphischen Depesche Dritte nicht in Kenntnis setzen, daß eine Militärperson den ihr erteilten Urlaub eigenmächtig auch nicht um ein geringes überschreiten darf, ohne eines wirklichen Vergehens sich schuldig zu machen, wird in manchen Fällen nicht jedem nicht in dem Pflichtverbande des Beamten, des Militärs Stehenden ohne reifliches Nachdenken einleuchten!“ [1]) und hier entsprechend eine geringere Bestrafung des mittelbaren Täters eintreten lassen will, [2]) so nimmt er seinem generell gehaltenen Satze seine Grundlage. v. Bar erkennt damit tatsächlich an, daß in manchen Fällen mittelbare Täterschaft entfallen muß, ohne aber diese Erscheinung als Ausfluß eines einheitlichen Prinzipes aller Standesverbrechen zu erkennen, für das auch spricht, daß er seine Ausnahmfälle begrifflich nicht abzugrenzen vermag, sondern sie in das freie Ermessen stellen will, das natürlich den persönlichen Auffassungen und sozialen Stellungen der einzelnen entsprechend verschiedenartig ausfallen muß.

Auch die Gründe, die Meyer-Allfeld [3]) gegen unsere Auffassung vorbringt, erscheinen keineswegs stichhaltig. Nach ihm besteht „das Strafwürdige in unseren Fällen darin, daß ein gewisser Erfolg von jemand schuldhaft herbeigeführt wurde und daß, wenn auch für die dadurch bewirkte Verletzung der Rechtsordnung mitunter gerade die Beziehung gewisser Kategorien von Personen zu dem angegriffenen Rechtsgute von Bedeutung ist, damit nicht ausgeschlossen ist, daß der schuldhaft Handelnde eine andere Person ist, die diese Beziehung vorsätzlich

[1]) v. Bar: Gesetz u. Schuld im Strafrecht. S. 659.
[2]) v. Bar: a. a. O. S. 660.
[3]) Meyer-Allfeld: Lehrbuch 1912. S. 237. N. 6.

sich dienstbar gemacht hat." Allfeld verkennt vollkommen die Bedeutung der eigenen Rechtssphäre eines derartigen Sonderdeliktes, an deren Pflichten-, Gedanken- und Vorstellungskreis der dritte Fernstehende (der Extraneus im Naglerschen[1]) Sinne), nicht heranreichen kann, und der dann auch trotz vorsätzlicher Ausnutzung und Dienstbarmachung eines zu diesem Delikt Fähigen (des Intraneus) die dazu erforderliche Beziehung keineswegs aufwägen kann.

Wenn Finger[2]) die gleiche Ansicht, daß man durch das Mittel einer anderen Person als Täter ein Verbrechen begehen kann, dessen man ohne Benutzung eines solchen Werkzeuges nicht schuldig werden könnte, damit begründet, daß das Schwergewicht auf das Moment der Herbeiführung des betreffenden Erfolges zu legen ist und daß es daher vollkommen irrelevant bleiben muß, ob der, der sich des brauchbaren Mittels bedient, die erforderlichen Eigenschaften besitzt, da sie lediglich für die Ausführungshandlung von Bedeutung sind, so verkennt Finger, daß es in erster Linie, worauf schon der Name Täterschaft hindeutet, auf die Betätigung durch die der Erfolg herbeigeführt wird, ankommt, daß diese Ansicht aber bei den Nichterfolgsdelikten die einzig allein haltbare ist. Danach muß aber auch der mittelbare Täter die zur Ausführungshandlung nötigen Eigenschaften besitzen.

Man wird nun das oben Gesagte auf alle echten Amtsverbrechen und auf alle sogenannte Sittlichkeitsverbrechen, die in Vornahme unzüchtiger Handlungen bestehen, ausdehnen dürfen. Für uns bringt aber die Klarstellung dieser Gruppe die Erkenntnis, daß, wenn es hier keine uneigenhändige Täterschaft gibt, auch die mittelbare Täterschaft entfallen muß. Hieraus ergibt sich aber eine Einschränkung von dem obigen allgemeinen Satz, daß eine mittelbare Täterschaft durch einen Handlungsunfähigen möglich ist, in dem Sinne, daß dieser Satz auf die nur eigenhändig begehbaren Delikte keine Anwendung finden kann. Damit ergibt sich aber die unterste Stufe in dem Bindingschen Problem. Wie steht es aber mit der oberen Abgrenzung unseres Problems? Binding geht bei diesem obersten Satz davon aus, daß es niemandem in den Sinn kommt zu sagen: nur das zurechnungsfähige Werkzeug und nicht der, der es

[1]) Nagler: S. 148, 156.
[2]) Finger: Lehrbuch I. S. 337, N. 432.

benutzt habe, sei kriminell verantwortlich. Niemand verlangt also prinzipiell die Eigenhändigkeit der Willensausführung für die strafrechtliche Haftung überhaupt. Muß aber im Falle der Verwendung eines Handlungsunfähigen selbst mit der Täterschaft die Uneigenhändigkeit der Tat wenigstens in ihrer oben beschriebenen Einschränkung als voll verträglich betrachtet werden, was auch einmütig geschieht, so herrscht über das Maß dieser Verträglichkeit in der eben erwähnten Ausdehnung auch auf die Handlungsfähigen kein Einverständnis. Während die einen an dem Begriff der mittelbaren Täterschaft gar keinen Anstoß nehmen und kühnlich behaupten, daß jeder seinen verbrecherischen Täterwillen ebensowohl eigenhändig als uneigenhändig und im letzteren Falle ebensowohl durch einen Unzurechnungsfähigen als durch einen Zurechnungsfähigen verwirklichen könne und in allen diesen Fällen Täter bleibe,[1]) sagen die Bedenklicheren, zu denen die Verfasser des Vorentwurfs gehören, die Handlungsfähigkeit des ausführenden Werkzeugs macht es natürlich zum Täter, hindert aber den, der es benutzt, Täter zu werden.[2]) Die Willensfreiheit des Werkzeugs gerade bilde den Hauptgrund gegen die Möglichkeit der Annahme echter mittelbarer Täterschaft, weil der Täterwille des handlungsfähigen Werkzeugs den Kausalzusammenhang unterbreche, somit kein Raum mehr für die Täterschaft dessen vorhanden sei, der sich des Handlungsfähigen bedient habe.[3]) Da diese Auffassung für die Motive und ihre Anhänger gleichsam das Hauptargument gegen jede Verursachung des Verbrechenserfolges abgibt, uns aber nicht etwa nur auf den logischen Aufbau Bindingscher Lehre, sondern gerade auf ihre Abfindung mit dem Vorentwurf ankommt, so wollen wir hier zuerst auf die Gründe, die für seine Billigung vorgebracht werden, näher eingehen, um daran die ablehnende Kritik Bindings anzuknüpfen.

Die Rechtfertigung der Auffassung des Entwurfs geht davon aus, daß die Loslösung der Anstiftung von der Teilnahme unter dem Gesichtspunkte der intellektuellen Urheberschaft bedeuten würde, daß man dem Anstifter die Verursachung des Verbrechenserfolges zuschreibt, das in Bewegung setzen einer Kausalreihe, in deren Kette von Ursache und Wirkung die

---

[1]) G. S. Bd. 78, S. 10.
[2]) eod. S. 9.
[3]) So z. B. Finger, Lehrbuch I, S. 336, v. Birkmeyer. Vergl. Darst. II S. 12, 18, 64, 143.

Beeinflussung des Handelnden nur ein Glied ist. Mit diesem Resultat wollen sich aber die Gegner nicht abfinden, da man dann nur den Täter als willenloses Werkzeug in der Hand des Anstifters anzusehen hätte. Dieses Resultat müßte gleichsam als Konsequenz einer Bekennung zum Determinismus abgelehnt werden, da man in der Handlung des Beeinflussenden doch stets eine freie, selbständige Tat sehen müsse, die aus freiem Willen des Täters resultiere. Die Anhänger der Auffassung der Anstiftung als mittelbare Selbstverursachung suchten denn auch die obige Konsequenz dadurch zu umgehen, daß sie nur eine teilweise Kausalität für die Beeinflussung in Anspruch nähmen und im übrigen in der Täterhandlung eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zuließen. Dadurch nähmen sie ihrem Problem aber die Grundlage der unbeschränkten Erfolgsverursachung und machten der Willensfreiheit des Täters weitgehende Zugeständnisse, die sich in Widerspruch zu ihrer ursächlichen Kausaltheorie der Anstiftung setzen. An dieser Gestaltung der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges scheitert somit die Möglichkeit des reinen Determinismus in der Frage der rechtlichen Würdigung der Anstiftung, die ganze Konstruktion schaffe unter Abweichung von ihren eigentlichen Grundlagen ein neues gekünsteltes Gebilde, das auf halbem Wege zur Aufnahme der indeterministischen Anschauungen stehen bleibe, in Wirklichkeit aber zum Standpunkt des Indeterminismus als Grundlage der Würdigung der Anstiftung dränge. Dieser Indeterminismus äußere sich zunächst darin, daß wir die Täterhandlung als das Produkt der Willensfreiheit des Täters anzusehen haben, die ihn allein das Verbrechen verursachen läßt. Wird aber der Täter tätig kraft eigenen freien Willensentschlusses mit eigener Verantwortung und selbständiger Schuld[1]), dann bleibe für den Anstifter in Bezug auf die Verursachung des Verbrechenserfolges absolut kein Raum mehr, von ihm könnte man höchstens sagen, daß er den freien Willen des Täters auf das Verbrechen hinlenke und in dieser Richtung beeinflusse, das würde aber bei Anerkennung des objektiven Unterschiedes zwischen Ursache und Bedingung höchstens das Setzen einer Bedingung für das Verbrechen bedeuten. Damit sprechen sie aber der Anstiftung ein selbständiges Wesen ab und bringen sie in eine abhängige Beziehung zu dem Volldelikt der Täterhandlung.

[1]) Begr. S. 302.

Bei seiner Stellungnahme zu dieser Kontroverse macht Binding mit Recht gegen eine derartige veraltete Annahme der Unterbrechung des Kausalzusammenhanges Front, die die Auffassung zur Voraussetzung haben würde: daß der Verursacher alle Bedingungen des Erfolges gesetzt haben müsse. Es ist Binding vollkommen beizupflichten, wenn er sagt[1]): Wer verursachen will, tut dies unter Benutzung aller ihm günstigen Umstände, die er vorfindet, sei es die Gunst der Witterung, die Körperschwäche des Anzugreifenden, sei es die Neigung einer Person, auf eine bestimmte Reizung in bestimmter Art zu reagieren.[2]) Wenn die Reaktion dem Willen und der Berechung des Einwirkenden entsprechend erzeugt worden ist, so ist dem Täter sein Plan mittelbarer Verursachung durch einen Handlungsfähigen vollkommen gelungen, obgleich er den Charakter seines Werkzeugs wahrlich nicht selbst geschaffen hat. Auch geschieht ja die Bestimmung des Unzurechnungsfähigen in ganz genau der gleichen psychologischen Weise wie des Zurechnungsfähigen. Hier ist nicht die kleinste Differenz vorhanden. Deshalb kann die Zurechnungsfähigkeit oder Unzurechnungsfähigkeit des Werkzeugs nur für dessen Verantwortlichkeit ins Gewicht fallen, läßt aber die des mittelbaren Täters ganz unberührt.[3]) Treffend bemerkt Berolzheimer[4]), daß die Erfahrung aller normal denkenden Männer darin übereinstimmt, daß unser Wille zwar beeinflußbar, prinzipiell aber frei ist. Diese Freiheit des menschlichen Willens werde aber durch unsere Auffassung von der Anstiftung nicht berührt. Wenn der Angestiftete auf Grund eines Anreizes, aber aus eigener freier Entschließung den verbrecherischen Entschluß gefaßt hat und ihn verwirklicht, dann erscheint der Angestiftete dem Anstifter von dessen Standpunkt aus betrachtet als Mittel zum Zweck. Mit Recht führt Berolzheimer weiterhin an: Der Angestiftete spiele eine Doppelrolle. Von seinem Standpunkt aus ist er freie Persönlichkeit, von dem des Anstifters aus dessen Werkzeug, falls er die Tat, zu welcher angestiftet wurde, begangen hat. Das Urteil, nach welchem wir

---

[1]) eod. S. 13.

[2]) eod. S. 12.

[3]) Auch die Begr. z. Gegenentw. bricht mit dem Dogma, dass die freie vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen den Kausalzusammenhang unterbricht. „Wer den Bravo zum Morde dingt, soll selbst Mörder sein." Begr. z. Gegenentw. S. 47. Auch Olshausen: § 48, 42 nimmt an dieser Kombination keinen Anstoss.

[4]) Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme: S. 16.

den Anstifter als Verursacher des verbrecherischen Erfolges ansehen, fällen wir rückwärts schließend von der Tat des Angestifteten aus. Dessen freier Entschließung treten wir daher nicht im mindesten zu nahe.

Auch nach v. Bar[1]) ist es möglich, einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Handlung des Anstifters und der Handlung des Täters anzunehmen, ohne in widersinnige Konsequenzen zu geraten. „Der Kausalzusammenhang wird nicht unterbrochen, ungeachtet der freien, wenn auch aus dem Motiv, welches der Anstifter lieferte, hervorgehenden Handlung des Angestifteten, weil der Anstifter ja auf diese Handlung rechnet.“[2])

Besonders überraschend ist es aber, daß wir uns zum Beweise der Richtigkeit unserer Auffassung auf v. Birkmeyer[3]) berufen können, der ja konsequent die Willensfreiheit des Angestifteten zu verneinen hätte als Voraussetzung für seine Verselbständigung der Anstiftung als eigenes Delikt. Denn wenn nach ihm[4]) die teilweise vorhandene Kausalität eines Teilnehmers durch Verschuldung bis zur Strafbarkeit der vollen Kausalität ergänzt werden kann, so ist damit im Grunde genommen unsere Anschauung ausgesprochen, nach welcher der Teilnehmer, hier der Anstifter, durch seine Verschuldung den verbrecherischen Erfolg verursacht. Wo findet aber ein Mensch, sofern er nicht eigenhändig handeln will oder kann, ein besseres Mittel seinen Willen zu verwirklichen als gerade im Handlungsfähigen, der seinen Willen zu dem eigenen macht?[5]) Nirgends wird die Inkorporation fremden Willens als Gegenbeweis wider die Freiheit des eigenen, sondern mit gutem Grund gerade als Beweis für diese Freiheit betrachtet.

Binding[6]) führt daher gegen eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch die Tat eines Handlungsfähigen treffend ins Feld, daß ein derartiges Argument ein Grund gegen die Annahme, irgendwelcher Stellvertretung auf dem ganzen Rechtsgebiet sein würde; denn jeder Stellvertreter entschließt

---

[1]) v. Bar, Gesetz u. Schuld II. S. 617, 594.
[2]) v. Bar: eod. S. 617.
[3]) v. Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme S. 28; Vergl. Darst. S. 12.
[4]) v. Birkmeyer: Lehre von der Teilnahme. S. 127.
[5]) Vergl. v. Bar: Gesetz u. Schuld II, S. 708. M E. Mayer: Vers. u. Teilnahme S. 368.
[6]) eod. S. 12.

sich frei und wird nicht gezwungen, daß aber das Rechtsleben ohne Stellvertretung nicht auskommen kann.

Es wird auch in Wirklichkeit auf dem ganzen Gebiete des Rechts mehr und mehr das Prinzip der freien Stellvertretung im eigenen, rechtlich bedeutsamen Handeln gerade durch ein handlungsfähiges Werkzeug anerkannt,[1]) und gerade hier soll es gestrichen werden, wo dem eigenhändigen Vorgehen so oft die größten Hindernisse entgegenstehen, wo es aber vor allem seit Jahrhunderten unbestritten geherrscht hat. Von den Italienern an durch die ganze Zeit des gemeinen Strafrechts herrscht allgemeines Einverständnis, daß auch auf kriminellem Gebiete jeder seinen Willen durch einen anderen zur Ausführung bringen könne und dann selbst gehandelt habe. Erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts machen sich nach Einführung der unter französischem Einfluß stehenden deutschen Gesetzbücher: so des preußischen von 1851 in seinem § 34, vor allem aber des bayerischen Strafgesetzbuches von 1861[2]) die erwähnten rückläufigen Wandlungen, wonach es keine freie Stellvertretung im eigenen rechtlich bedeutsamen Handeln auf kriminellem Gebiete gibt, bemerkbar, denen dann die Wissenschaft blindlings gefolgt ist. Ist es doch schließlich überhaupt der Anstifter, dessen Interessenkreis allein das Motiv der Tat entsprungen ist, er möchte z. B. sein Haus durch Brand vernichtet sehen, um sich in den Besitz der Versicherungssumme setzen zu können, und dingt sich zu diesem Zwecke, um die Ausführung seines Planes unauffälliger vornehmen zu können, einen Dritten. Hier liegt es doch, wenn man überhaupt ein Teilnahmeverhältnis konstruieren will, viel näher, den sog. Täter als Teilnehmer am Verbrechen des Anstifters zu betrachten als umgekehrt. Nennen doch selbst die Motive den Anstifter: „die Seele des begangenen Verbrechens."

Braucht nun, wie gezeigt, der Verursacher nicht alle Bedingungen des Erfolges gesetzt zu haben, so bleibt für den Anstifter wohl noch in Bezug auf die Verursachung des Verbrechenserfolges auch bei Bekennung zum Indeterminismus Raum. Freilich bin ich mir bewußt, damit von dem Standpunkt der klassischen

[1]) Man denke nur an den Abschluß betrügerischer Verträge durch Dritte, die gerade nicht angestiftet sind, weil vielleicht der ganze Gedanke von ihnen ausgegangen ist.

[2]) Nach ihm ist der Täter derjenige, der das Verbrechen „durch eigene Handlung unmittelbar bewirkt hat" (Art. 52); der Anstifter aber „verursacht die strafbare Tat" (Art. 54).

Strafrechtsschule, die für den Täter Willensfreiheit im Sinne eines schrankenlosen Indeterminismus fordert, abzuweichen, und dafür mit Kahl[1] die Willensfreiheit lediglich als Schuldfähigkeit im Sinne persönlich-sittlicher Verantwortlichkeit gefaßt wissen zu sehen. Trotz dieses ablehnenden Verhaltens bekenne ich mich, wie es auch Kahl[2]) für sich ausdrücklich betont, zum Lager der Vertreter der klassischen Strafrechtsschule. Es ist in diesem Ausspruch kein Widerspruch zu erblicken, da, wie Oetker[3]) mit Recht bemerkt, der Bestimmung einer einheitlichen Strafrechtsschule (oder besser: Richtung) lediglich die Gemeinsamkeit des Ausgangspunktes zu Grunde zu legen ist und die bestimmende Grundidee allein den Einteilungsgrund liefert. Stimme ich aber hier mit dem Grundprinzip der klassischen Schule überein, so entfällt damit die Berechtigung, die Zugehörigkeit zu einer dritten Schule für mich in Anspruch zu nehmen, die gar nicht gegeben ist. Denn es ist, wie Oetker[4]) hierzu weiter treffend ausführt, nichts auffallendes, daß „der eine oder andere mit seiner Einreihung unter die Klassiker oder Soziologen nicht einverstanden sein mag. Solche Zweifel und Proteste kommen bei allen wissenschaftlichen Kontroversen vor." Nach Kahl[5]) lebt und gilt nun das Kausalgesetz als ein absolutes nur in der äußeren Welt der Erscheinungen. Hier werden durch seinen Ablauf, durch die unerbittliche Verkettung von Ursache und Wirkung die vom Einzelwillen allerdings schlechthin unabhängigen Notwendigkeiten des Geschehens und Möglichkeiten des Handelns formiert. „Aber gegenüber diesen Möglichkeiten besteht in der vom Körper gedeckten Innenwelt der menschlichen Entschließungen für jeden Geistesgesunden ein durch Vernunft und Gewissen, durch die Vorstellungen von Recht, Religion, Sitte regulierbares Freigebiet der Selbstentscheidung, eine Herrschaft über die Bildung von Motiven und Gegenmotiven, und in diesem Sinne eine Wahlfreiheit für rechtmäßiges oder rechtswidriges Handeln." Wir erkennen demnach Willensfreiheit für den Täter an, neben der jedoch ein Herrschaftsgebiet des Kausalgesetzes bestehen kann, auf dem sich Möglichkeiten kausaler Bestimmung im obigen Bindingschen Sinne abspielen können. Es ist somit

---

[1]) Kahl: Das neue Strafgesetzbuch. S. 14.
[2]) Kahl: Das neue Strafgesetzb. S. 13.
[3]) Oetker: Zum Streite der Strafrechtsschulen. G. S. Bd. 87, S. 83.
[4]) Oetker: eod. S. 84.
[5]) Kahl: eod. S. 14.

die Ansicht der Gegner, daß unsere Auffassung unbedingt zu dem Grundsatz der modernen Strafrechtsschule, wonach: „der Mensch äußerlich und innerlich dem Kausalgesetz, dem unentrinnbaren Räderwerk von Ursache und Wirkung unterworfen, in seinem Willen und Handeln unbedingt unfrei, determiniert ist,[1]) hindrängen müsse, falsch. Man kann zu den Anhängern der indeterministischen Anschauung gehören, braucht jedoch nicht die extremen Forderungen der klassischen Schule als deren Wortführer von Birkmeyer anzusehen ist, zu ziehen. Mit Recht bemerkt Kahl[2]) zu dem Gegensatz der beiden Anschauungen, daß es sich „vielmehr nur um einen Streit über das Herrschaftsgebiet des Kausalgesetzes handele."

Liegt somit nicht der geringste Grund vor, echte mittelbare Täterschaft, die das Leben so unendlich oft aufweist, theoretisch zu leugnen, so gilt aber auch hier in gleicher Weise die Einschränkung, die wir bereits bei der Behandlung der mittelbaren Täterschaft durch einen Unzurechnungsfähigen näher beleuchtet haben, nämlich daß bei der oben näher bestimmten Klasse der nur eigenhändig begehbaren Delikte die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft entfallen muß. Mit der Anerkennung der Einschränkung der echten mittelbaren Täterschaft um diese Fälle, auf deren Behandlung wir unten noch des eingehenden zurückkommen, schneiden wir zugleich diesen zweiten Einwand der Gegner gegen unsere Auffassung ab.

Wir haben damit die Lösung in unserem Problem: wie weit sich das Feld der mittelbaren Täterschaft auch auf die Fälle uneigenhändiger Verbrechensbegehung erstreckt, gefunden. Es geht, die bisherige Basis der mittelbaren Täterschaft um die Fälle der nur eigenhändigen Verbrechensbegehung reduzierend bis zu der Anerkennung der Fälle einer echten mittelbaren Täterschaft durch echten unmittelbaren Täter, freilich auch hier in der erwähnten Einschränkung.

Das Resultat, zu dem Binding[3]) kommt, gibt weder den einen Recht, die bedenklich sagen, die Handlungsfähigkeit des unmittelbaren Täters hindere, daß auch der dritte Täter werde, indem es wohl eine echte mittelbare Täterschaft durch echten unmittelbaren Täter anerkennt, andererseits stimmt es aber auch

[1]) Vergl. dazu Kahl daselbst S. 11; v. Liszt: Lehrbuch S. 82.
[2]) Kahl: eod. S. 14.
[3]) G. S. Bd. 78, S. 9 ff.

den Gegnern nicht bei, die eine derartige echte mittelbare Täterschaft in jedem Falle für gegeben erachten, indem es innerhalb dieser Kategorie in analoger Anwendung zur unechten mittelbaren Täterschaft ebenfalls die Fälle nur eigenhändiger Verbrechensbegehung ausnimmt.

Gehen wir zunächst davon aus, daß die größte Anzahl aller Delikte nicht nur eigenhändig begehbar sind, so stellt sich die weitaus größere Hälfte aller Anstiftungsfälle für die wissenschaftliche Betrachtung als Fälle mittelbarer Täterschaft dar. Sie tragen als solche gar nichts Außergewöhnliches an sich, außer, daß der mittelbare den unmittelbaren Täter zur Tat erst bestimmt hat. Das ist, worauf Binding[1]) mit Recht hinweist, für den mittelbaren Täter begrifflich ganz unwesentlich, kann aber unter Umständen als Straferhöhungsgrund in die Wagschale fallen.

Zu demselben Resultat kommt auch Kohler[2]), wenn auch in einer zu großen Verallgemeinerung; nach ihm ist „die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber ihrem juristischen Charakter von demjenigen unterschieden, was man mittelbare Täterschaft nennt".

Mit Recht betont auch die Begründung zum Gegenentwurf[3]): wer den Bravo zum Morde dingt, soll selbst Mörder sein. Daraus ergibt sich aber die weitere Konsequenz, daß auch der verantwortlich gemacht werden kann, der die freie vorsätzliche Handlung durch einen andern fahrlässig verschuldete (Frau John in Gerhart Hauptmanns „Ratten"), natürlich nur wegen fahrlässiger Begehung. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sollen dem, der durch einen anderen handelte, auch dann selbständig zugerechnet werden, wenn sie nicht auf „persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen" beruhen. Wer im Affekt einen Mörder dingt, (Beatrice Cenci), sei bloß Totschläger; wer mit Vorbedacht einen anderen in Affekt versetzt und so zur Tötung eines Dritten bestimmt (Jago) sei Mörder.

Wie sind nun die von der mittelbaren Täterschaft oben ausgenommenen Fälle, sowohl beim Vorliegen der Handlungsunfähigkeit wie der Handlungsfähigkeit der Mittelsperson zu qualifizieren? Bilden die Fälle letzterer Art, die den von der mittelbaren Täterschaft frei gelassenen Raum der bisherigen Anstiftung ausmachen, etwa die Fälle der „echten Anstiftung"? Wir

[1]) G. S. Bd. 78, S. 34.
[2]) Kohler: Studien I. S. 106 ff.
[3]) Begr. z. Gegenentw. S. 47.

werden sehen, auch das nicht. Dieser zweite Teil der Anstiftung ist gerade, wie Binding in seinen Schriften[1]) treffend begründet, zum Ausgangspunkte für die Erkenntnis eines neuen Typus des Verbrechenssubjektes geworden. Kann der, der das handlungsfähige Werkzeug zur Begehung eines der oben benannten, lediglich eigenhändig begehbaren Verbrechens benutzt, wie wir gesehen haben, nicht Täter werden, dann kann er nur verantwortlich gemacht werden dafür, daß er vorsätzlich die Begehung des Verbrechens durch den Täter bewirkt oder mitbewirkt hat. Daraus folgt aber, daß er nicht Gehilfe sein kann, da er mehr tut, als der Gehilfe; denn er „verursacht" die Verbrechensbegehung. Sein Handeln ist stets kausal für die Begehung eines fremden Verbrechens oder mindestens für die Setzung des objektiven Tatbestandes eines solchen, während die Beihilfe zu dem einen wie zu dem anderen nur einen erleichternden Beitrag liefert.[2]) Anstifter schließlich kann er auch nicht sein, da das Gebiet dieses neuen Typus weit über den von der mittelbaren Täterschaft frei gelassenen Raum der Anstiftung hinausgeht, somit also, da er nur eine vereinzelte Unterart hiervon darstellt, nicht ihren Namen tragen darf. Unter diesen erweiterten Spielraum fallen die bereits oben besprochenen analogen Fälle nur eigenhändig begehbarer Delikte, bei denen man sich den sogenannten Angestifteten als handlungsunfähig vorstellt, entweder weil er latent wahnsinnig, in verzeihlichen Irrtum verstrickt ist, so z. B. die Verleitung des geisteskranken Richters zur Rechtsbeugung, des kranken Staatsanwaltes zur Erhebung der Anklage gegen den Unschuldigen, eines sexuellen sehr aufgeregten Geisteskranken zur Notzucht.

In diesen Fällen kann, wie wir oben gesehen haben, den Täterwillen gar nicht haben, wer den Handlungsunfähigen zum objektiv rechtswidrigen Tun bestimmt. In anderen wäre dies möglich, aber er hat ihn nicht, und damit kommen wir zu einer neuen Kategorie von Fällen, die unter diesen neuen Typus fallen, bei denen es sich zwar nicht nur um Tatbestände handelt, die nur eigenhändig verwirklicht werden können, bei denen

---

[1]) Binding: Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit; Die Formen des verbrecherischen Subjektes; Das Subjekt des Verbrechens und die Satzungen des „Vorentwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch über die Teilnahme. cf. G. S. Bd. 71, S. 1 ff.; G. S. Bd. 78, S. 1 ff.; Bd. 76, S. 87 ff.

[2]) G. S. Bd. 76, S. 41.

aber die Tatbestände der strafbaren Handlung in ihrem Zweck und Erfolg sich ganz in der Person des ebenfalls handlungsunfähigen Dritten erfüllen, so z. B. die Bestimmung eines geisteskranken Kassenbeamten, sich den Inhalt seiner Kasse anzueignen. Bestimmt z. B. jemand einen armen Blödsinnigen fremde Sachen wegzunehmen und sich selbst anzueignen, so fehlt dem Bestimmenden selbst jeder Aneignungsvorsatz. Ebenso wenn der Vater die Kinder aussendet, um für sich, nicht nur für ihn zu betteln.

Auch kommen noch die Fälle hinzu, in denen der Täter zwar zum Verbrechen bestimmt ist, aber nicht zur konkreten von ihm verübten Tat, was vom Anstifter des § 48 St. G. B's zu fordern ist. So z. B. die Bestimmung eines Hungernden, der seine Not klagt, sich durch irgend einen Diebstahl event. Raub die Mittel des Unterhalts zu gewinnen.

Liegt aber in allen diesen Fällen weder Anstiftung noch Beihilfe noch Täterschaft vor, — in den letzterwähnten Fällen ebenfalls aus obigem Grunde —, so ergibt sich daraus, daß in ihnen ein neues typisches Subjekt der Verbrechensbegehung zu finden ist, das die Begehung eines Täterverbrechens „verursacht", ohne auch nur in der Lage zu sein, Mittäter zu werden. Binding hat vorgeschlagen, für diesen neuen Typus in Ermangelung eines besseren Wortes den Namen der „Urheberschaft" [1]) zu reservieren.

So gibt es nach Bindingscher Auffassung zwei Gruppen Personen, die in ursächlichem Verhältnis zur Setzung eines Verbrechenstatbestandes stehen: den Täter und den Urheber, von denen der erstere meist eigenhändig oder uneigenhändig handelnd werden kann, während der Urheber stets auf die Uneigenhändigkeit der Tat, die er verursacht, angewiesen ist. Ihr Bewirken kann der Verursacher aber wieder persönlich oder durch Mittelmänner vornehmen. Mit der Erkenntnis dieses Typus der Urheberschaft erweitert sich dann aber auch das Gebiet der Beihilfe; denn wie es eine strafbare Unterstützung des Täters gibt, muß auch eine solche des Urhebers anerkannt werden. So erscheint nach Binding die Form des Verbrechenssubjektes in

[1]) Ein besserer Ausdruck wäre dringend wünschenswert. Verursacher ist schwerfällig, Veranlasser sagt zu wenig. Der Sinn, in dem Binding das Wort braucht, stimmt mit dem analogen Begriff des auctor's der Postglossatoren und der späteren gemeinrechtlichen Doktrin nicht überein. Dieser Begriff des auctor sceleris ging über den Begriff des Täters hinaus und schloß jedenfalls einen Teil der Fälle Bindingscher Urheberschaft in sich.

drei Typen erschöpft: in denen des Täters, des Urhebers und des Gehilfen.

Billigen wir den Gedankengang Bindings, so könnte dies an sich bereits aus Liebhaberei für klare dogmatische Scheidung und besonders für Klärung des Täterbegriffs geschehen, der Forderung der legislatorischen Berücksichtigung der Urheberschaft müßte aber das praktische Bedürfnis aus Gründen der Gerechtigkeit zu Grunde liegen. Da ihr v. Birkmeyer[1]) jedes praktische Bedürfnis abspricht, da die Urheberschaft eine ganz ausnahmsweise Erscheinung sei und auch „in den meisten, wenn nicht in allen Fällen, schon nach geltendem Recht teils als Anstiftung, teils als mittelbare Täterschaft strafbar sei", so rechnen wir an dieser Stelle bereits mit ihm ab. Bestraft werden nun bisher von den obigen der Urheberschaft subsummierten Fällen nur die, die den von der mittelbaren Täterschaft frei gelassenen Raum der Anstiftung ausfüllen und zwar hier mit der auf die Anstiftung Anwendung findenden Täterstrafe, die übrigen Fälle unserer Urheberschaft bleiben aber bisher straflos. Kommen wir zunächst auf die bisher strafbaren Fälle zu reden. Der Strafgehalt der Urheberschaft ist nun meiner Überzeugung nach geringer wie der der Täterschaft. Die besonders heiligen Pflichten, welche die Täterbanden und von diesen in den Wind geschlagen wurden, banden den Urheber selbst nicht. Es ist für ihn eine besondere Strafe auszuwerfen, auf die wir unten näher zurückkommen, an dieser Stelle soll es genügen, darauf hinzuweisen, daß die Täterstrafe für ihn nicht die gerechte ist. So können wir uns mit der bisherigen Behandlung dieses einzigen Kontingents strafbarer Handlungen nach dem Urhebertypus, der die Anstiftung zu nur eigenhändig begehbaren Verbrechen bildet, nicht zufrieden geben. Sie stehen freilich unter Strafe, aber nicht unter einer gerechten: ihre Zusammenkoppelung mit der mittelbaren Täterschaft benachteiligt sie. So kommen wir zu der ersten gerechten Folge einer generellen Strafsanktionierung der Urheberschaft: der Anstifter als Urheber würde von der Täterstrafe gelöst, die er nicht verdient.

Damit erfährt aber auch zugleich die Begründung zum Gegenentwurf[2]) eine Widerlegung. Nach ihr ist der Anstifter des Gesetzentwurfs im wesentlichen der Urheber Bindings. Sie

---

[1]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. Allg. T. II, S. 147.
[2]) Begr. z. Gegenentw. S. 48.

will es jedoch, um eine Unterstellung der Anstiftung zusammen mit der Beihilfe unter die Teilnahme zu ermöglichen, bei dem Namen Anstiftung und der Gleichbestrafung der Anstiftung mit der Täterschaft belassen. Durch diese, wie gesehen ungerechte Gleichbestrafung, vor allem durch die Subsumption unter die Teilnahme bekunden aber m. E. die Verfasser des Gegenentwurfs, daß sie die Urheberschaft als einen selbständigen Verbrechenstypus nicht erkannt haben, was um so bedauerlicher ist, als sie den anderen Bestandteil der alten Anstiftung, die mittelbare Täterschaft, voll und ganz in unserem Sinne erfaßt und gewürdigt haben. Ihren vermittelten Standpunkt können wir daher nicht teilen.

Abgesehen von den Fällen, worin der Urheber noch einen echten Verbrechenstäter neben sich hat, zeichnen sich die andern, bisher straflosen Fälle dadurch aus, daß der Täter ganz fehlt und sich die volle Verantwortlichkeit allein auf den Urheber konzentriert. In diesen täterlosen Verbrechen sehen wir aber den objektiven Verbrechenstatbestand wieder und lernen ihn auch in diesem Zusammenhange, wie oben bei der akzessorischen Natur der Teilnahme, in seiner rechtlichen Bedeutung kennen. Diese bisher straflosen Fälle des Urhebertypus sind die, in denen ein Handlungsunfähiger den vollen objektiven Verbrechenstatbestand gesetzt hat, und diese Tat von einem Handfungsfähigen schuldhaft verursacht worden ist, ohne daß dieser dadurch Täter geworden wäre. Dieser Typus krimineller Verantwortlichkeit für einen objektiven Verbrechenstatbestand ist der früheren Betrachtung als ein selbständiger ganz fremd gewesen. Nur einmal ist der Gesetzgeber mehr durch Zufall dazu geführt worden, einen Fall dieser Verursachung der Setzung eines objektiven Verbrechenstatbestandes mit Strafe zu bedrohen. Das hat das deutsche Strafgesetzbuch im § 161, ebenso der Vorentwurf im § 170, mit seiner Verpönung der Verleitung zum Falscheid in freilich ganz ungenügender Weise getan. Wenigstens ist doch hier einmal dem Gesetzgeber die Strafwürdigkeit solcher Fälle aufgegangen und hat er dann einen Sprung ins Dunkle gemacht, insbesondere durch Aufstellung eines Sonderdelikts, zu helfen gesucht. Und doch hätten alle anderen Fälle solcher Urheberschaft geradeso Strafe verdient; der Gesetzgeber hat sie nur übersehen und konnte sie auch übersehen, da er sie aus seinen bisherigen Teilnahmeformen heraus trotz ihrer Verwerflichkeit nicht treffen konnte und sich über den einheitlichen

ihnen zu Grunde liegenden Verbrechertypus ganz im Unklaren war.

Und doch verdienen alle diese Taten infolge ihrer Infamie, die in ihnen zum Ausdruck kommt, die gerechte Strafe. Ist der Richter, der das Recht gebeugt hat, wahnsinnig, einerlei ob der Bestimmende dies weiß oder nicht weiß, so kann weder er noch sein Versucher Täter der Rechtsbeugung sein. Wohl aber ist im Gericht das Recht rechtswidrig gebeugt worden, und dafür kann allein und sollte der den Richter Bestimmende zur Verantwortung gezogen werden. Das Gesetzbuch aber erklärt ihn für straflos![1]) Hier würde sich erst so recht der große Fortschritt zeigen, wenn die Urheberschaft als solche generell mit Strafe bedroht wurde. Zu der einen gerechten Folge, die bereits oben erwähnt ist, daß der Anstifter als Urheber von der Täterstrafe gelöst würde, die er nicht verdient, käme noch die zweite wichtige: daß eine ganze Anzahl zweifellos strafwürdiger Handlungen, die heute straflos sind, zur Ahndung gezogen würden. Daraus folgt aber, daß ein praktisches Bedürfnis der gesetzlichen Regelung der Urheberschaft aus Gründen der Gerechtigkeit in hohem Maße vorhanden ist und daß damit die gegnerischen Gründe, die Birkmeyer oben vorbringt, vollkommen widerlegt sind.

Andererseits weist Köhler[2]) darauf hin, daß durch die Forderung der Motive, wonach persönliche Schuldausschließungsgründe des Täters die Strafbarkeit des Teilnehmers künftig nicht ausschließen sollen, implicite der wichtigste Fall der Bindingschen Urhebertheorie berücksichtigt sei, somit demnach ein besonderes praktisches Bedürfnis zur gesetzlichen Anerkennung der Urheberschaft nicht vorhanden sei. Die Forderung der Motive, die Schuldausschließungsgründe aufzugeben und nur noch Strafausschließungsgründe anzuerkennen, haben wir bereits als sinnlos zurückgewiesen. Immerhin könnte die Strafbarkeit des Teilnehmers trotz Vorliegens eines persönlichen Schuldausschließungsgrundes aus dem neuen Zusatz des § 80 D. V. E., wie wir oben gesehen haben, gefolgert werden. Aber auch dann würde immer erst nur eine von den vier oben gekennzeichneten Kategorien der Urheberschaft getroffen werden, nämlich die Fälle, in denen es sich um Bestimmung eines Handlungsunfähigen zu

[1]) Gute Beispiele in grösserer Zahl bei Nagler, s. hierzu S. 146, 147; cf. die Abhandlung Bindings über den objektiven Tatbestand S. 35.

[2]) Köhler: Studien zum Vorentwurf S. 33, Note 86.

einem nur eigenhändig begehbaren Delikt handelt. Würden aber auch dadurch diese Fälle, die bisher völlig straflos ausgehen, zur Rechtfertigung gezogen, so würde doch dabei bei der Bestrafung des Gehilfen den Eigentümlichkeiten, wie sie dem Urheber anhaften, insonderheit auf die Ausmessung seines Strafrahmens, nicht Rechnung getragen werden. Es bleibt eben der Urheber ein selbständiger Vertrechertypus, der auch selbst bei Berücksichtigung einzelner Fälle den Anspruch auf eine einheitliche Regelung und besondere Berücksichtigung seines Wesens nicht verliert.

Dasselbe gilt auch von dem Einspruch, den die Motive zum Vorentwurf [1]) gegen die Berücksichtigung dieses neuen Urhebertypus erhoben haben. Sie sagen: „Abgesehen von den gegen die Urhebertheorie zu erhebenden sachlichen Einwendungen wäre diese hier [2]) nur in ihren Grundzügen angedeutete Regelung für die Bevölkerung zu schwer verständlich und entferne sich zu weit von den in ihr lebenden einfachen Rechtsvorstellungen, als daß ihr hätte gefolgt werden können." Dem ist entgegenzuhalten [3]), daß je mehr ein Recht von den Zeiten einfachen Volksrechtes sich entfernt, es mit um so feineren Rechtsbegriffen zu rechnen hat, ohne dabei auf das allgemeine Verständnis Rücksicht nehmen zu können.

Wenn aber von verschiedenen Seiten, so von Berolzheimer [4]) und M. E. Mayer [5]) in der Schaffung des neuen Bindingschen Urheberbegriffes ein Fortschritt nicht erblickt werden kann, da er höchstens geeignet sei, die ohnehin schon verwickelte Materie noch komplizierter zu machen, so ist das kein Grund für ihre Ablehnung. Es ist mit Köhler [6]) zu antworten: „Es gibt keine doppelten Wahrheiten, eine wissenschaftliche und eine praktische, sondern bei einer scheinbaren Divergenz von wissenschaftlicher und praktischer Anschauung ist notwendig die eine von ihnen auf falscher Bahn." Wie sollte es aber unserer Kulturidee entsprechen, in einem neuen, unserer erkennbaren Gerechtigkeit dienenden Strafgesetzbuch einer Anschauung nur ihrer praktischen Einfachheit wegen zum Siege zu verhelfen?

---

[1]) Motive I. S. 309.
[2]) Binding: G. S. Bd. 71, S. 1 ff.
[3]) So Binding G. S. Bd. 76, S 107.
[4]) Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme. S. 8, Note 1.
[5]) Mayer: in Aschrott-v. Liszt. S. 363.
[6]) Köhler, Studien z. Vorentw. S. 46.

Damit wenden wir uns aber zugleich auch gegen v. Birkmeyer[1]), dem ebenfalls „kein ausreichendes praktisches Bedürfnis zur Kreierung einer derartig neuen Teilnahmeform im künftigen Strafgesetzbuch vorzuliegen scheint".

Wenn v. Bar[2]) schließlich lehrt: Die neue Basis der Lehre von der Anstiftung im Sinne Bindings stehe jedenfalls im Widerspruch mit der gesamten geschichtlichen Entwicklung wie mit dem Rechte anderer Kulturnationen, so ist zu fragen: gibt es denn nur Wahrheiten auf Grund historischer Begründung und muß stets eine Übereinstimmung mit fremden Rechten vorhanden sein? Wenn nach v. Bar die Lehre Bindings schwerlich in Einklang gebracht werden kann mit der von letzterem so energisch vertretenen Willensfreiheit, so ist das eine Verkennung des Bindingschen Indeterminismus, der wie wir oben gesehen in sich klar dem Determinismus keineswegs Zugeständnisse macht.

Die Anerkennung der Urheberschaft kommt aber auch der Bedeutung eines exakt zu bestimmenden Täterbegriffes zugute, der, wie gezeigt, nicht nur den ganzen Grund und Eckstein für die wissenschaftliche Lehre, sondern auch für die gesetzgeberische Behandlung der ganzen sog. Teilnahme bildet. Aus dogmatischen wie praktischen Gründen ist vom neuen deutschen Strafgesetzbuch zu verlangen, daß es den zutreffenden Täterbegriff zu Ehren bringt,[3]) was zu tun der Vorentwurf in Verkennung der eminenten Bedeutung einer geläuterten Auffassung des Täterbegriffes für unsere ganze künftige Rechtspflege unterlassen hat. Hierbei müßte aber die begrifflich zulässige Erweiterung der Täterschaft vor allem mit Rücksicht auf die ihr aus dem bisherigen Gebiete der Anstiftung zukommenden Fälle im vollsten Umfange gesetzlich anerkannt werden.

§ 10.

Kann das neue Strafgesetzbuch ohne Mittäterschaft auskommen?

Hat der Vorentwurf demnach in der Aufnahme der Anstiftung als Form der Teilnahme, da für sie infolge der Notwendigkeit der Anerkennung der Urheberschaft in dogmatischer wie in

[1]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 147.
[2]) v. Bar: Gesetz u. Schuld im Strafrecht II. S. 616, Note 46.
[3]) cf. G. S. Bd. 76, S. 98.

legislatorischer Hinsicht kein Raum mehr bleibt, nicht das Richtige getroffen, so erkläre ich mich andererseits mit seiner Eliminierung der Mittäterschaft als besondere Teilnahmeform nicht einverstanden.[1]) Die natürliche Auffassung des täglichen Lebens faßt, wie schon gelegentlich erwähnt, die Mittäterschaft als eine Beteiligung an fremdem Handeln auf, und in der Tat kann sie auch nur verstanden und gewürdigt werden in Beziehung auf die Tat des anderen. Wenn der Gesetzgeber ihre Beseitigung trotzdem für geboten hält, so kann dieser legislative Akt nur darin begründet sein, daß man die Mittäterschaft als einfache, selbständige Täterschaft vollkommen gedeckt sieht und sie deshalb den für diese geltenden Regeln unterwirft. Gegen eine derartige Kassierung eines Rechtsbegriffes infolge Eingliederung in einen anderen wird nichts einzuwenden sein, wenn dadurch alle vorher möglichen Fälle durch den nunmehr zugelassenen Begriff, auch ohne gesetzliche Basis, umfaßt werden. Es wird somit die Anerkennung der Beseitigung der Mittäterschaft in erster Linie abhängig von der Grundfrage, ob der Mittäterbegriff seinen anerkannten Umfang auch im Fall seiner Eliminierung behalten wird.

Lassen wir zunächst die Gegner[2]) reden. Nach ihnen wird die Frage zu bejahen sein, da sich alle Fälle der Mittäterschaft, von denen wir zwei verschiedene Arten unterscheiden können, dem Täterbegriff unterordnen lassen. Entweder werden von zwei Personen, die einen Erfolg im bewußten Zusammenwirken herbeiführen wollen, jede im Einverständnis mit der anderen den ganzen gesetzlichen Tatbestand erfüllen, oder aber, und das sind die komplizierteren Fälle, ein jeder realisiert nur einen Teil des Tatbestandes und überläßt den anderen Teil dem anderen zur Ausführung, beziehungsweise, von dem subjektiven Standpunkt des Reichsgerichts aus genommen, einer beteiligt sich an der Tat des anderen und zwar nur durch äußerliches Unterstützen, jedoch mit dem Tätervorsatz. In den Fällen ersterer Art hat der Mittäter den Verbrechenstatbestand in allen seinen Merkmalen selbständig gleich als Täter verwirklicht, das einzige Merkmal, durch das er sich vom bloßen Täter unterscheidet, ist das für ihn im Zeitpunkt der Realisierung des Tatbestandes erforderliche Be-

[1]) Begr. S. 304; Vergl. Darst. S. 145—147 147; M. E. Mayer: Versuch u. Teilnahme S. 348.

[2]) So unter andern: Begr. S. 303/304; v. Birkmeyer: Vergl. Darst. 145/146; Köhler: Stud. zum Vorentwurf. S. 36.

wußtsein des Zusammenwirkens. Wird hier der Mittäterbegriff ohne jedes Bedenken dem Täterbergriff eingegliedert werden können, so bedeutet das in diesen Fällen die Wahrung des anerkannten Umfanges des Mittäterbegriffes auch im Fall seiner Kassierung. Die Fälle der zweiten Art werden allerdings nicht eine derartige Subsumption unter die Täterschaft so ohne weiteres erfahren können, doch da hier, wie wir unten noch sehen werden, die Wissenschaft unter der subjektiven Voraussetzung des Vorhandenseins des gemeinsamen täterischen dolus auch eine Haftung für das eintreten läßt, was der andere in Gemäßheit des gegenseitigen Einverständnisses getan hat, so wird die Praxis nicht das geringste Bedenken tragen, sie den Regeln und Sätzen der Täterschaft zu unterwerfen, an ihrer nur teilweisen Realisierung des Tatbestandes aber nichts destoweniger ihre Eigenart als Mittäterschaft erkennen.[1]) Aber es ist doch gewiß kein Fortschritt, worauf M. E. Mayer[2]) mit Recht hinweist, solchen Grundsätzen die gesetzliche Stütze zu entziehen. Vor allem verweisen wir hier auf unsere obigen[3]) Ausführungen, wonach der Mittäter wohl als Teilnehmer, wenn nicht an der strafbaren Handlung eines anderen, so doch an der Verübung ein und desselben Verbrechens erscheint. Es kann somit ein zureichender Grund, die Mittäterschaft aufzugeben, nicht in der terminologischen Unstimmigkeit gefunden werden, die dem Strafgesetzbuche anhaftet, ebensowenig in der hieraus entstehenden Nötigung, zwischen Teilnahme in weiterem und engerem Sinne zu unterscheiden, wie es die Begründung[4]) unter Betonung des nicht akzessorischen Charakters der Mittäterschaft tut. Dem wäre schon abgeholfen, wenn man dem Abschnitt die Überschrift: „Mittäterschaft und Teilnahme“ gäbe.[5])

Mit Bezug auf diese Frage der Akzessorietät der Mittäterschaft wird aber ihre Beseitigung weiter noch aus dem Grunde der Abschneidung zahlreicher Kontroversen empfohlen, da man der Mittäterschaft Akzessorietät als notwendige Konsequenz der Anwendung der Regeln und Sätze über die Teilnahme solange

---

[1]) Vergl v. Bar: Gesetz u. Schuld II. S. 708.
[2]) Mayer: Versuch u. Teilnahme. S. 368.
[3]) s. o S 12—14
[4]) Begr. S. 303/304.
[5]) Hierauf weisen v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 146 u. M. E. Mayer S. 367 hin.

zuzusprechen glauben würde, als sie im Gesetz ausdrücklich als Teilnahmeform rangierte.

Handelt der Mittäter, wie bereits erörtert, selbständig und wird durch ihn allein bereits das Verbrechen existent, so hat der Umstand, daß die Tat zugleich von den anderen Mittätern als die ihrige gewollt wird, nur insofern eine Beziehung zu seinem Vorhaben, als der Mittäter bei den anderen dem seinigen entsprechenden Täterwillen voraussetzt, auf dessen Verwirklichung er in Gemäßheit des gemeinsamen Planes rechnet.[1]) Wird er dadurch wohl vom fremden Handeln abhängig, so ist das keine Akzessorietät im Sinne der Anstiftung und Beihilfe, da diese in der Abhängigkeit von fremder Tat im Sinne der Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges zu verstehen ist. Die Haftung für das, was der andere Mittäter in Befolgung der vorherigen Verständigung ausgeführt hat, hat nur den Anschein der Akzessorietät. Denn auf Grund des gemeinsamen Täterwillens wird das von dem einen Mittäter Ausgeführte dem anderen so zugerechnet, als wäre es von ihm selbst ausgeführt.[2])

Stellen wir uns aber wirklich einmal auf den Boden der akzessorischen Natur der Teilnahme, so würde, wie bereits bemerkt, unser Resultat nur die Notwendigkeit einer Trennung innerhalb desselben Abschnittes nach den akzessorischen Merkmalen begründen, somit eine Gegenüberstellung von Mittäterschaft und Teilnahme, nicht aber ihre Beseitigung. Da wir aber eine Verselbständigung der Teilnahme im Sinne ihrer Loslösung von der ihr beigelegten Akzessorietät fordern, so würden wir dann auch der Notwendigkeit einer Trennung innerhalb desselben Abschnittes enthoben bleiben.

Auf das übrige in der Begründung herangezogene Vorbringen ist zu antworten, daß, wie Nagler[3]) wider die Gegner dieses Begriffes[4]) gut bemerkt: „Die Mittäterschaft ein aus der Natur der Dinge sich unmittelbar ergebender Begriff ist, daß aber ihre Verschweigung im Entwurf trotz der gegenteiligen Versicherung der Motive nur als ihre gesetzliche Ablehnung gedeutet werden kann, da die Mittäterschaft etwas qualitativ anderes ist als eine einfache Addition mehrerer Täter.

---

[1]) Vergl. Begründung S. 303.
[2])Begr. S. 303.
[3]) Nagler: Teilnahme. S. 76, N. 1.
[4]) Zu denen auch Köhler gehört, ohne aber seinen Standpunkt zu begründen. Studien S. 36 Auch v. Birkmeyer. Vergl. Darst. S. 145.

Die angebliche Selbstverständlichkeit der Bestrafung als Täter[1]) ruht, wie Wach[2]) treffend bemerkt, auf dem weitverbreiteten Verkennen der Tatsache, daß erst durch die Teilnahme, das relevante schuldhafte Zusammenwirken mit Täterwillen, Handlungen als Mittäterhandlungen strafbar werden, die ohne den Mittäterbegriff straflos bleiben müßten. „Denn erst die Aufstellung des Teilnahmebegriffs ermöglicht die Verantwortlichkeit nicht nur für das, was man selbst tat, sondern auch für das, was der andere frei mitwirkend getan hat."

Es hat der hier herrschende Sprachgebrauch, der den Begriff der Mittäterschaft fordert, einen gesunden Kern, der auch trotz der von uns heftig bekämpften Vergewaltigung der Teilnahme durch ihre Unterwerfung unter die akzessorische Natur, und der dadurch bedingten Ausscheidung der Mittäterschaft, seine innere Berechtigung behält, infolge der von uns geforderten Aufgabe der Akzessorietät aber um so mehr der Wiederherstellung im Gesetz dringend bedarf.

Auch wird man, worauf Sontag[3]) hinweist, zweifeln müssen, ob die Praxis einen Maßstab für die Unterscheidung von Beihilfe und Mittäterschaft, die auch nach Eliminierung der letzteren bestehen bleibt, wird entbehren können, und ob es nicht schon deshalb besser wäre, eine Definition der Mittäterschaft wieder aufzunehmen. Aus dem gleichen Gesichtspunkte der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe, wie auch der Sicherstellung dieses unentbehrlichen Begriffes auch neben dem erweiterten Begriff der mittelbaren Täterschaft, hat sich auch der Gegenentwurf zur Aufnahme einer Bestimmung über die Mittäterschaft entschlossen.

So bin ich der Ansicht, es dürfe die Mittäterschaft im neuen Gesetzbuch nicht totgeschwiegen werden. Sie bedarf vielmehr nicht nur der begrifflichen Fixierung, sondern auch der Regelung ihrer Behandlung. Insofern sind uns die Beschlüsse der Strafrechtskommission[4]) bereits entgegengekommen, als sie die Teilnahme wieder auf die Mittäterschaft erstreckt haben.

---

[1]) Motive: S. 301.
[2]) Wach: D. J. Z. Bd XV, S. 109.
[3]) Sontag: Kritische Betrachtungen des Vorentwurfs. S. 44.
[4]) D. J. Z. Bd. XVI. No. 22, S. 1355.

Anhang zu §§ 8 und 10.

Es erschöpft sich somit für uns die Teilnahme in den Formen der Mittäterschaft und Beihilfe.[1]) Bevor wir nun zu der gesetzlichen Regelung dieser einzelnen Formen kommen, haben wir uns zuvor mit der Frage auseinander zu setzen, ob es neben der Teilnahme an vorsätzlichen Delikten auch eine solche an fahrlässigen gibt, wozu umsomehr Anlaß ist, als die Motive zu dem angeblichen Standpunkt des Entwurfs ausdrücklich Stellung nehmen. Daß nach ihnen[2]) der Entwurf nur eine vorsätzliche Teilnahme in dem Sinne kennt, daß die §§ 78 und 79 D. V. E. Vorsatz zur Anstiftung und Beihilfe fordern, erkennen wir an, aber auch eine nur kulpose Begehung dieser Teilnahmearten ist an sich denkbar.[3]) Was die Anstiftung betrifft, kann man, ohne es zu wollen, in jemandem Gedanken und Leidenschaften erregen, die zur Begehung eines Verbrechens führen. Aber eine Bestrafung in solchem Falle würde, wie von Bar[4]) treffend darlegt, die entsetzlichsten Mißgriffe der Strafjustiz zur Folge haben. Schon der einfache Bericht über vorgekommene Tatsachen kann in der Seele eines anderen entflammend wirken: wieviel mehr z. B. dichterische Erzeugnisse, wieviel mehr schief oder verkehrt ausgedrückte moralische Sätze, und auch das Richtige, das was von Moralwidrigkeit und Verbrechen abmahnen, abschrecken soll, kann möglicherweise falsch verstanden werden, nach der entgegengesetzten Seite wirken: „Die Freiheit der Meinungsäußerung wäre damit in der gefährlichsten Weise bedroht, die Gefahr ergebnisloser, aber den Beschuldigten empfindlich schädigender Untersuchungen und die Wahrscheinlichkeit einander widersprechender Entscheidungen heraufbeschwören." Die Spaltung der Anstiftung in die beiden Formen der mittelbaren Täterschaft wie der Urheberschaft ändert an den hervorgehobenen Gründen nichts, sie sprechen gerade noch mehr gegen die Bestrafung einer nicht in provozierender Absicht stattgehabten intellektuellen Einwirkung auf den Titel der mittelbaren fahrlässigen Täterschaft wie der fahrlässigen

[1]) Über die Notwendigkeit, diese beiden Typen beizubehalten, und ihre Unterschiede sehr gut Nagler, Teilnahme S. 119 ff.

[2]) Motive: S. 300.

[3]) Betreffs der Beihilfe erkennt v. Birkmeyer eine kulpose Begehung nicht an, vergl. seine Teilnahmelehre S. 55 ff.; unserer Ansicht. Binding: Grundriß S. 163: „Fahrlässige Beihilfe ist durchaus denkbar, bleibt aber mit Recht straflos."

[4]) v. Bar: Gesetz u. Schuld im Strafrecht: Bd. 2, S. 618.

Urheberschaft. Ebenso wie die Anstiftung setzt aber auch die Beihilfe vorsätzliches Tun voraus. Selbst eine Beihilfe mit „eventuellem dolus" ist ausgeschlossen, mehr noch als Anstiftung mit „eventuellem dolus"; denn sonst könnten harmlose Handlungen durch den Gedanken, daß ein anderer den dadurch hergestellten Zustand zur Begehung eines Verbrechens benutzen könnte, strafbar werden." [1]) Die Motive gehen aber noch weiter. Aus ihrer Bemerkung: [2]) „daß die Teilnahme endlich auf vorsätzliche Delikte beschränkt bleiben muß, ist schon erwähnt," und ihrem weiteren Zusatz der bei der „Anstiftung" zur Begründung der Weglassung der einzelnen Anstiftungsmittel erfolgt [3]): „von ihnen kann das letzte, die Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums, sogar geeignet sein, zu der dem geltenden Recht gegenüber unrichtigen Auffassung zu führen, als könne Anstiftung auch dann vorhanden sein, wenn der Täter infolge des Irrtums ohne dolus handelt," geht zur Genüge hervor, daß nach ihrer Ansicht der Entwurf nicht nur ausschließlich eine „vorsätzliche Teilnahme", sondern auch nur eine „vorsätzliche Teilnahme an vorsätzlichen Delikten" kennt. Da aber auch fahrlässige Verbrechen ihren Täter haben und man auch ihn vorsätzlich bestimmen und ihm vorsätzlich helfen kann, so muß eine Teilnahme an fahrlässigen Delikten anerkannt werden [4]) und da der Entwurf nichts davon erwähnt, daß die Teilnahme an fahrlässigen Verbrechen ausgeschlossen sein soll, so muß unsere Folgerung auch für den Entwurf gelten, den wir damit gegen den Versuch seiner Begründung, ihn zu verschlechtern, verteidigen. Wie problematisch übrigens einigen Gegnern [5]) die Negierung unserer Behauptung erscheint, geht schon daraus hervor, daß sie eine Konstruktion zu finden suchen, wonach: „vorsätzliche Förderung der Fahrlässigkeit eines anderen Täterschaft sei." Wie soll aber die Verschuldung des Täters eine Beihilfe in Täterschaft verwandeln? Erkennen wir sogar, wie oben gezeigt, eine Teilnahme zur reinen Setzung objektiver Verbrechenstatbestände an. Das Subjekt des fahr-

---

[1]) v. Bar: a. a O. S. 693.
[2]) Motive: S. 310
[3]) Begründung: S. 310.
[4]) Teilnahme an fahrlässigen Straftaten nehmen an: Beling Z. 18. S. 272; Binding: Grundriß S. 152 G. S. Bd. 76 S. 102; Birkmeyer: Teilnahme S 141; Olshausen: Komm. §§ 48, 18; 49, 12.
[5]) So v. Liszt, Lehrb. S. 226; Finger. Lehrbuch I, S. 357; Meyer-Allfeld. Lehrbuch S. 187.

lässigen Delikts weist zudem auch, wie Binding[1]) mit Recht sagt, ganz genau die gleichen Formationen auf wie das des vorsätzlichen. Wird mit Binding der Gegensatz von Vorsatz und Fahrlässigkeit darin gefunden, daß dem fahrlässig Handelnden das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Tat fehlt, so ist schlechthin nicht einzusehen, wie durch diesen Umstand die Möglichkeit der Willenseinigung und der gemeinsamen Ausführung ausgeschlossen sein soll.[2])

Den gleichen Standpunkt nimmt auch die Begründung[3]) zum Gegenentwurf ein. Auch für sie kann nicht zweifelhaft sein, daß Teilnahme auch bei fahrlässigen Delikten für zulässig erachtet werden muß. Dem Gegenentwurf sei die gesonderte Behandlung der Teilnahme nicht eine Folge des Satzes, daß die freie vorsätzliche Handlung eines Zurechnungsfähigen den Kausalzusammenhang unterbreche, so daß sie sich also nur bei Vorsatzdelikten als notwendig erwiese, sondern für den Gegenentwurf folge die gesonderte Behandlung der Anstiftung aus der Unmöglichkeit, in gewissen Fällen mittelbare Täterschaft anzunehmen, und die gesonderte Behandlung der Beihilfe einesteils aus dem nämlichen Grunde, andernteils aus der minderen Strafwürdigkeit dessen, der bei der Ausführung nicht mitwirkt. Alle diese Gesichtspunkte treffen aber, worauf die Begründung[4]) richtig hinweist, bei fahrlässigen Handlungen gerade so zu, wie bei vorsätzlichen. Da auch für uns die Gründe der gesonderten Teilnahmebehandlung, falls wir die im Gegenentwurf beibehaltene Anstiftung durch unsere „Urheberschaft" ersetzen, die gleichen sind, so bietet auch die Beweisführung in der Begründung zum Gegenentwurf für unsere Ansicht eine Stütze. Bringt nun der Gegenentwurf die Möglichkeit der Teilnahme auch bei fahrlässigen Vergehen dadurch zum Ausdruck, daß er sowohl im § 32 wie im § 33 von einer Teilnahme an „Vergehen" schlechthin spricht, so ändert er anscheinend an den §§ 78, 79 D. V. E. nichts. In der Tat ist denn auch der Standpunkt des Vorentwurfs hier wie so oft nicht im Text (ich erwähne hier bereits im Voraus die Stellungnahme zur Abgrenzung von Mittäterschaft

---

[1]) G. S. Bd. 78, S. 4.
[2]) G. S. Bd. 76, S. 104.
[3]) Begr. z Gegenentw. S. 52.
[4]) Begr. z. Gegenentw. S. 53.

und Beihilfe), sondern bloß in der Begründung zum Ausdruck gekommen.[1])

Es gibt somit die fahrlässige Mittäterschaft genau wie die vorsätzliche, es gibt Mittätergruppen, in denen einzelne Mitglieder vorsätzlich, die andern fahrlässig handeln, einige vielleicht auch der Handlungsfähigkeit entbehren.[2]) Andererseits ist aber daran festzuhalten, daß es nicht nur vorsätzliche Beihilfe zu dolosen, sondern auch zu kulposen Delikten, ja sogar zur reinen Setzung objektiver Verbrechenstatbestände gibt. Verdient aber der Satz von der Teilnahme an fahrlässigen Verbrechen Anerkennung, so können wir uns wegen seiner weittragenden Bedeutung nicht damit begnügen, ihn im Wege der Interpretation, der sogar der ausdrückliche Ausspruch der Motive, wie gezeigt, erschwerend entgegensteht, aus dem Gesetzestexte heraus zu lesen, vielmehr fordern wir für ihn gesetzliche Normierung durch Berücksichtigung der fahrlässigen Verbrechen im 7. Abschnitt des Entwurfs.

§ 11.

Die Teilnahmeformen als Mitschuldsformen unter Hinzutritt der Binding'schen „Urheberschaft" wie der echten mittelbaren Täterschaft.

Für die Anstiftung in ihrem ursprünglichen Sinne bleibt kein Raum mehr.[3]) Sie faßt, wie Binding treffend bewiesen hat, zwei absolut verschiedene Handlungsweisen unter sich, von denen die erstere als mittelbare Täterschaft nicht den geringsten Anspruch hat, als selbständiger Typus der Teilnahme anerkannt zu werden. Der mittelbare Täter verdient die Strafe seiner Tat und mit Recht hält es Binding für grundverkehrt, daß uns § 48 des St. G. B. nötigt, den Anstifter zur fahrlässigen Tötung statt mit dem Tode oder mit Zuchthaus mit der Strafe der fahrlässigen Tötung zu belegen. Der zweite Teil dagegen, der die Fälle nur eigenhändiger Begehung eines Verbrechens

---

[1]) Unsern Standpunkt teilt auch v. Birkmeyer: Teilnahmelehre S. 141, 142; Vergl. Darst. S. 153

[2]) Anderer Meinung v. Liszt, Lehrb. S. 222, der in diesen Fällen zum Unterschiede von der gesetzlich geregelten Mittäterschaft nur eine Nebentäterschaft als eine Unterart der Mehrtäterschaft sieht.

[3]) Vergl. die obigen Ausführungen in § 9.

umfaßt, fällt unter die Urheberschaft, die sich als ganz selbständige Ausgestaltung verbrecherischer Tätigkeit darstellt.

Ebenfalls einen Begriff der Urheberschaft konstruiert auch Kohler, von dem er sogar behauptet, daß er ihn längst vor anderen [1]) ausgesprochen habe. Kohler verkennt aber den Begriff der Urheberschaft, was schon daraus hervorgeht, daß er ihn nicht zu den Sonderdelikten, zu deren Begehung ein besonderes Verhältnis des Täters erforderlich ist, allgemein in Beziehung bringt. Bemerkt Kohler [2]) richtig, daß wir beim Vorliegen eines Sonderdelikts nur aus dem Grunde strafen können, weil auch der Fernstehende es nicht befördern soll, daß z. B. dem Staate durch Amtsdelikte ein Unheil zustößt, so dringt er doch nicht so weit durch, um in diesen Fällen das Vorliegen eines neuen allgemeinen Verbrechenstypus zu erkennen. Zeigt sich insofern ein Fortschritt bei ihm, als er es „als eine bare Ungerechtigkeit, den Anstifter nach der Strafe des Täters zu behandeln, bezeichnet, so beweist er doch durch seine anderen Schlüsse, daß er auf dem halben Wege zur Erkenntnis dieses neuen Verbrechenssubjekts stehen geblieben ist. Er bemerkt in dieser Beziehung: „Die Bestrafung eines Laien als Anstifters eines Militär- oder Beamtendeliktes ist entweder gar nicht gerechtfertigt, weil die Sphäre des Rechtsgutes für ihn nicht erreichbar ist, oder wenn sie gerechtfertigt ist, so ist sie es nach ganz anderen Anschauungen und ganz anderen Betrachtungsweisen als die Bestrafung des Sonderdeliktes selber, nämlich in der Art eines delictus sui generis.“ Somit muß nach diesen Grundsätzen Kohlers immer erst gefragt werden, ob der Fall schwerwiegend genug ist, um ihn für strafbar zu erklären, nimmt man aber die Strafbarkeit an, so hat dies in jener besonderen Weise zu erfolgen. Wohl ein Fortschritt, der aber gleichzeitig verrät, daß der Urheberbegriff in seiner vollen allgemeinen Bedeutung nicht erkannt ist. Da Kohler in seinen: Strafrechtlichen Studien [3]) zu dem Resultat kommt: „daß die Anstiftung zwar ihrer sittlichen Qualität nach, nicht aber ihrem juristischen Charakter von demjenigen unterschieden ist, was man mittelbare Täterschaft nennt“ und später mit Bezug auf den Deutschen Vorentwurf [4]) in Verallgemeinerung von

[1]) Vermutlich auf Binding gemünzt, cf. Goltd. Arch. Bd. 58, S. 2.

[2]) Kohler: Teilnahme u. Urheberschaft: Goltd. Arch. Bd. 58. § 5. S. 10 u. 11.

[3]) Kohler: Studien I S. 106 ff, bes. S 113.

[4]) Kohler: Der deutsche und österreichische Vorentwurf eines Strafgesetzb. Arch. f. Strafrecht. Bd. 56, S. 292.

einem „unnatürlichen Unterschied zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft" spricht, so kann Urheberschaft im Kohlerschen Sinne nur derart verstanden werden, daß sie die Kausalität der Tat des Teilnehmers auch durch die Person des Dritten hindurch zum Ausdruck bringen soll, um so sein oben bereits genanntes Postulat der individuellen Selbsthaftung, hier aber im Sinne der mittelbaren Täterschaft, zu rechtfertigen. Somit bringt die Urheberschaft Kohlers nur eine kleine Teilerscheinung der von Binding geprägten Urheberschaft, die eine prinzipielle Erscheinung einer neuen Verbrechensbegehungsform darstellt.

Ganz besonders bedauerlich ist es, daß Berolzheimer [1]) trotz seiner, mit unseren obigen übereinstimmenden, Ideen zur Erkenntnis des Urheberbegriffs nicht durchgedrungen ist. Erkennt er den Teil der Anstiftung, den wir als mittelbare Täterschaft angesehen wissen wollen, ebenfalls richtig aus unseren Gründen heraus, so konstruiert er falsch, wenn er diese mittelbare Täterschaft auf die gesamte Anstiftung übertragen wissen will. Berolzheimer verkennt vollkommen, daß im Falle eines Sonderdeliktes von mittelbarer Täterschaft keine Rede sein kann, enweder infolge des Erfordernisses eigenhändiger Begehung, oder weil die Sphäre des Rechtsgutes dieses Deliktes für einen Dritten nicht erreichbar ist.

Unsere Urheberschaft ist aber nicht, was sie scheinen könnte, nämlich nicht Teilnahme an fremden Verbrechen: sie kann ja einfache Urheberschaft für Setzung eines objektiven Verbrechenstatbestandes sein, etwa erfolgreiche Anreizung eines Wahnsinnigen zur Notzucht. Aber auch da, wo neben dem Urheber ein verantwortlicher Täter steht, bewirkt der Urheber nur dessen Tat, ohne sich daran zu beteiligen. Er löst stets nur eine ihm fremde Tat aus, auf deren Begehung sein Wille gerade nicht gerichtet ist. Scheiden demnach der mittelbare Täter und der Urheber, in die der Anstifter zu zerschlagen ist, aus dem Kreis der Teilnahme aus, [2]) so ist damit noch nicht gesagt, daß sie auch nicht Mitschuldsformen wären. Es sind bisher die Mitschuldsformen nur im Sinne der Teilnahmeformen verstanden worden und noch von keiner Seite ist darauf hingewiesen, daß mit Anerkennung der Urheberschaft die Mitschuldsformen eine über den Umfang der Teilnahme hinausreichende Erweiterung er-

[1]) Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme, S. 15/16.
[2]) Binding behauptet zwar, dass die Urheberschaft eine Form der Teilnahme sei. Grundriß, S. 147/148 unter D. 161 f.

fahren. Freilich kommt den beiden Gliedern der bisherigen Anstiftung, der mittelbaren Täterschaft und der Urheberschaft, als Mitschuldsformen in ihrem ganzen Umfang genommen nicht die gleiche Bedeutung zu wie den anerkannten Teilnahmeformen. Sind letztere stets Mitschuldsformen, so sind es erstere nur bis zu einem gewissen Grade, nämlich so weit als sich ihre Anwendung mit dem bisherigen Anwendungsgebiet der Anstiftung deckt. In allen diesen Fällen bleibt neben dem Urheber oder mittelbaren Täter ein echter Täter, und sowohl in dem Falle, daß der Eifersüchtige einen Schurken dingt, um seinen Nebenbuhler aus der Welt zu schaffen, wie in dem Falle, daß der Rachsüchtige den (nicht kranken) Staatsanwalt zur Erhebung der Anklage gegen den Unschuldigen verleitet, bleibt eine Mitschuld des Bestimmenden bestehen.

§ 12.

Welches legislatorische Vorgehen empfehlen wir mit Rücksicht auf die begriffliche Bestimmung der einzelnen Mitschuldsformen?

Konzentriert sich aus unserer bisherigen Beweisführung heraus die Mitschuld auf die Formen: der Mittäterschaft, Beihilfe, Urheberschaft und mittelbaren Täterschaft, von denen, wie bereits ausgeführt, nur die drei ersten Anspruch auf Berücksichtigung als selbständiger Verbrechenstypus erheben können, so läßt sich mit diesen allgemeinen Begriffen an sich nichts anfangen, wir müssen vielmehr, um ihre Erkenntnis im Rechtssystem zu sichern, uns zur Vermeidung ihrer Unsicherheit auf Legaldefinitionen festlegen. Wir kommen somit jetzt auf die einzelnen Mitschuldsformen unter Verwertung der in unserem ersten Abschnitt gewonnenen Sätze selbst zu sprechen.

A. Mittäterschaft.

Über die Notwendigkeit der Berücksichtigung der Mittäterschaft im Gesetz haben wir uns oben m. E. zur Genüge ausgelassen, hier bedarf es nur noch eines Formulierungsvorschlages. Da die Mittäterschaft, wie bereits erwähnt, im Text des Vorentwurfs gar nicht erwähnt ist, so brauchen wir uns hier mit einem bereits vorliegenden Vorschlag nicht abzufinden. Die Stellung aller Mittäter zu dem verwirklichten Tatbestand ist

juristisch durchaus die gleiche: sie haben ihn alle mit Täterwillen gesetzt. Braucht nun nicht jeder von ihnen zu wissen, daß dieser gemeinschaftliche Wille ein verbrecherischer ist, was sich ja schon aus den bereits erwähnten Fällen fahrlässiger und gemischter Täterschaft ergibt, so fehlt doch keinem das Bewußtsein gemeinschaftlichen Wollens und Handelns; das dürfte vielleicht im Vergleich zum § 48 St. G. B. noch deutlicher zum Ausdruck kommen. Die Strafbarkeit dieser juristisch gleichartigen Teilnehmer kann aber trotzdem sehr verschieden sein und deshalb müßte, — dies bedeutet hier den fundamentalen Unterschied vom geltenden Recht —, die individuelle Ausgestaltung der Strafzumessung zum Gesetz erhoben werden. Und so dürfte den vorstehend gegebenen Ausführungen über die Mittäterschaft folgende gesetzliche Bestimmung[1]) entsprechen:

„Mittäter sind, die einen gemeinsamen Täterentschluß zu gemeinsamer Verwirklichung bringen.

Jeder Mittäter ist nach dem Gesetze zu strafen, das ihn träfe, hätte er die Tat allein begangen."

B. Anstiftung.

Wir bringen an dieser Stelle die Form der Anstiftung trotz der von uns aufgestellten Forderung ihrer Ablehnung, da es neben unseren Vorschlägen de lege ferenda auch unsere Aufgabe ist, uns mit dem jeweiligen Stand des Vorentwurfs auseinanderzusetzen, der an dieser Stelle eine vorübergehende Bekennung zu seinem im ersten Teil gewonnenen Grundprinzip der limitiert-akzessorischen Natur der Teilnahme voraussetzt. Diese äußert sich in ihrer Übertragung auf die Anstiftung darin, daß zur Annahme dieser Teilnahmeform genügt, daß nicht mehr, wie im geltenden Recht, Voraussetzung ist, daß der Täter neben dem objektiven auch den subjektiven Tatbestand verwirklicht haben muß, sondern daß die Bestrafung der Anstiftung nur noch von der Existenz einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen Haupthandlung abhängig ist. Dadurch wird der Vorentwurf in die Lage gesetzt, in allen den Fällen, in denen die subjektive Tatseite nicht erfüllt wird, weil etwa ein Schuldausschließungsgrund, wie Unzurechnungsfähigkeit, Irrtum in Tatsachen, Straf-

[1]) cf. Binding: Bd. 76, S. 105 (G. S.); der die gleiche Formulierung bringt; an der Sontags S. 44 u. 45 habe ich auszusetzen, dass sie die von uns, wie wir unten sehen werden, nicht anerkannte subjektive Auffassung des Reichsgerichts zum Ausdruck bringt, wie sich aus dem Zwischensatz: „so dass jeder die Tat als die seine ausführt", ergibt.

unmündigkeit durchgreift, in denen das geltende Recht höchtens mit der Konstruktion der mittelbaren Täterschaft durchzukommen vermochte, Anstiftung annehmen zu können. Daraus folgt, daß dem Begriff der mittelbaren Täterschaft sein Anwendungsgebiet genommen ist, eine Neuerung, die übrigens die Begründung des Vorentwurfs insoweit nicht anerkennen will, als der Bestimmende den Schuldausschließungsgrund kennt.[1]) Da aber der Vorsatz des Anstifters nur auf Umstände bezogen werden kann, die zum objektiven Tatbestand der Anstiftung gehören, also nicht auf die Fragen, ob der Täter schuldfähig oder ob er schuldig ist,[2]) so entfallen auch diese Fälle dem Bereich der mittelbaren Täterschaft und es bleibt dann kein Fall mehr übrig, in dem mittelbare Täterschaft angenommen werden könne.

So gut wir nun im Deutschen Vorentwurf nach diesen Ausführungen ohne den Begriff der mittelbaren Täterschaft auskommen, so wenig können wir ihn im Österreichischen Vorentwurf entbehren, da er hier bei der extrem-akzessorischen Gestaltung der Teilnahme gerade wie im geltenden deutschen Recht unentbehrlich ist. Aus dieser Wichtigkeit, die die mittelbare Täterschaft hier als Bestandteil des Teilnahmesystems hat, erklärt sich auch ihre gesetzliche Anerkennung, die sie im § 13 Abs. 4 in einer bereits oben erwähnten Fixierung gefunden hat. Während für den schweizerischen Vorentwurf bei seiner mit dem Deutschen Vorentwurfe übereinstimmenden Stellungnahme zur akzessorischen Teilnahmenatur dasselbe gelten muß, was für den Deutschen Vorentwurf bereits gesagt ist, schaltet der Begriff der mittelbaren Täterschaft im Norwegischen Vorentwurf aus den bekannten Gründen der Verselbständigung der Teilnahmearten von vornherein aus.

Der Begriff der Anstiftung[3]) ist im § 78 D. V. E., wie im § 48 des geltenden Rechts bestimmt, jedoch unter Weglassung der dort angeführten Beispiele von Anstiftungsmitteln: „durch Geschenke oder Versprechungen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums," so daß er jetzt lautet:

„Wer den Täter zu der von ihm begangenen straf-

---

[1]) Begr. S. 311.

[2]) cf. M. E Mayer: Versuch u. Teilnahme S 369.

[3]) Vergl. z. d. Ausf.: Begr. S. 311; v. Birkmeyer. Vergl. Darst S. 143 bis 145, M. E. Mayer in Aschrott-v. Liszt. S. 368: v. Bar: Gesetz u. Schuld 2. S. 629—632.

baren Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft."

Gegen diese Streichung der einzelnen Mittel wird nichts einzuwenden sein, da der Begriff des vorsätzlichen Bestimmens genügend klar ist, um das Wesen der Anstiftung treffend anzugeben, es somit zur Veranschaulichung dieser Beispiele nicht bedarf.[2] Das Mittel der Anstiftung wird aber auch in Zukunft trotz der Streichung in jeder Urteilsbegründung genannt werden müssen, da sich nur aus ihm heraus der Schluß auf das Bestimmen ziehen läßt.

Das meint jedenfalls v. Birkmeyer[1]), wenn nach ihm „die exemplikative Aufzählung der Mittel der Anstiftung mit Anhängung einer clausula generalis sehr wohl beibehalten werden kann, da dieses System aus prozessualen Gründen kaum entbehrlich sein dürfte und sich auch in der Praxis gut bewährt habe."

Wesentlich gleiche Formulierungen, ebenfalls unter Auslassung von beispielsweise angeführten Mitteln, haben auch der Österreichische Vorentwurf[1]) in seinem § 13 Abs. 1 und der Schweizerische Vorentwurf in seinem § 22 Abs. 1 aufgenommen. Ziehen wir hier nur zur Vollständigkeit und zum Vergleich die beiden Gesetzestexte heran, von denen der Österreichische Vorentwurf in seinem § 13 Abs. 1 sagt:

„Wer einen anderen bestimmt, eine strafbare Handlung zu begehen, unterliegt den für den Täter geltenden Bestimmungen."

Während in fast gleicher Fassung der Schweizerische Vorentwurf in seinem Art. 22 Abs. 1 lautet:

„Wer den Täter bestimmt hat, das Verbrechen zu begehen, unterliegt der auf das Verbrechen angedrohten Strafe."

Auch der Gesetzentwurf zum Deutschen Vorentwurf hat sich mit einer derartig kurzen, unten noch zu nennenden Fassung in seinem § 32 Abs. 1 begnügt.

An diese begriffsentwickelnde Bestimmung der Anstiftung reiht sich, damit eine Rechtsnorm daraus wird, die Strafsanktion, die der Deutsche Vorentwurf dahin beibehalten hat, daß der Abstifter „gleich dem Täter" zu betrafen ist. Diese Gestaltung kann ich aber nicht billigen, da sie gerade den Angriffspunkt

[1]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 145.
[2]) Vergl. „Allgemeine Bemerkungen zu Entwurf I. S. 43.

bildet, von dem aus wir diese ganze Form der Teilnahme bekämpfen. Die Wendung „gleich dem Täter" bringt insofern schon eine Verschlechterung gegenüber dem § 48 des geltenden Rechts, als man, wie Köhler[1]) richtig bemerkt, bei dieser Fassung zunächst unsicher sein kann, ob die Strafe des Anstifters nicht davon abhängig sein soll, in welchem Grade der Täter durch seine Ausführungshandlungen strafbar geworden ist. Aber gegen diese Auffassung spricht, daß ja künftig der Täter überhaupt nicht mehr strafbar sein muß, um eine Bestrafung des Teilnehmers zu ermöglichen. Lediglich eine Ausführungshandlung des Täters ist noch erforderlich. Bedeuten die Worte „gleich dem Täter" also nicht etwa, so wie im konkreten Begehungsfalle der Täter bedroht ist, sondern, so wie der Täter des betreffenden Deliktes überhaupt bedroht ist, so kann der § 78 D. V. E. vernünftig formuliert nur so lauten, daß der Anstifter nach dem Gesetz bestraft werden soll, das auf die Tat des angestifteten Täters Anwendung findet.[2]) Ob es aber das beste war, den Anstifter dem gleichen Strafrahmen zu unterwerfen wie dem Täter, ist nicht unzweifelhaft. Wenn nämlich der Anstifter gar nicht im eigenen Interesse handelt, sondern nur einem andern zu einer Vermögensaufbesserung verhelfen will, indem er ihm etwa die Gelegenheit zu einem Diebstahl oder Betrug angibt, wenn der Anstifter also gewissermaßen altruistisch bei seiner Anstiftung handelt, so erscheint er vom Standpunkte der von der Begründung, wie wir unten noch sehen werden, doch sonst vertretenen subjektiven Teilnahmetheorie generell nicht gleich strafwürdig wie der Täter. Aber auch ohne Zuhilfenahme einer subjektiven Theorie kann man, wie Köhler[3]) treffend bemerkt, der Ansicht sein, daß es viele Delikte gibt, bei welchen die physische Ausführung durchschnittlich ein viel größeres Quantum von verbrecherischer Energie bedeutet als die Überredung des Einzelnen zu der Tat darstellt. Zu denken wäre da insbesondere an Delikte, bei denen zwar der Ausführende, aber nicht auch der Bestimmende eine besonders bedenkliche Eigenschaft in der Regel aufweist. So erfordert die Ausführung von Sittlichkeitsdelikten vielfach eine besondere Wollust, die Ausführung eines Einbruchsdiebstahls eine gewisse persönliche Raffiniertheit, das Wildern einen gewissen persönlichen Mut. Köhler schlägt vor, derartige Fälle durch eine dem § 50 St. G. B.

[1]) Köhler: Studien zum Vorentw. usw. S. 34/35.
[2]) Im gleichen Sinne Binding: G. S. Bd. 76, S. 109.
[3]) Köhler: Studien zum Vorentwurf usw. S. 35.

nachgebildete Bestimmung Rechnung zu tragen. Dieses Verlangen deckt sich aber im Prinzip mit unserer obigen[1]) Forderung für den Eventualfall, daß ein Kompromiß dahin geschlossen werden sollte, eine Vervollkommnung der Teilnahmelehre, aber auf dem Boden der akzessorischen Natur, zu schaffen. Nach wie vor verwerfen wir aber den Grundsatz der akzessorischen Natur der Teilnahme, der sich in der hier sanktionierten Abhängigkeit der Strafe ebenfalls zu erkennen gibt, und halten wie immer an dem Satz fest: daß ein jeder Teilnehmer nur haften soll für das, was er selbst getan hat. Der Vorentwurf nötigt aber: den Anstifter als mittelbaren Täter zu mild zu strafen, wenn der unmittelbare nur fahrlässig gehandelt hat, aber zu schwer zu strafen in allen Fällen, wo der Anstifter in Wahrheit Urheber ist. Alle diese Ungerechtigkeiten würden verschwinden, wenn, wie oben ausgeführt, die Anstiftungsfälle richtig teils als mittelbare Täterschaften, teils als Urheberfälle charakterisiert würden. Für den Eventualfall aber, daß wir uns mit der akzessorischen Natur der Teilnahme abfinden müßten, würde ich die bereits oben angeregte Änderung des Vorentwurfs, wie sie durch Umwandlung des § 80 V. D. E. zu gestalten wäre, mit Bezug auf den Strafrahmen des Anstifters fordern.

Der Schweizerische Vorentwurf, der in seinem Art. 22 die Androhung der Straffolge dahin faßt, daß der Anstifter „der auf das Verbrechen angedrohten Strafe unterliegt", hat wenigstens den oben gerügten Mangel der Formulierung vermieden. Auch der österreichische Vorentwurf hat seine Strafsanktion der Anstiftung in ähnlicher Weise formuliert, da nach seinem § 13 Abs. 2 der Anstifter „den für den Täter geltenden Bestimmungen unterliegt. „Die Allgemeinen Bemerkungen"[2]) hierzu rechtfertigen auf Grund einer, wie sich aus unseren obigen Ausführungen ergibt, nicht zu billigenden Abwägung der Schuld des Anstifters und des Täters die Gleichbestrafung damit, daß „der Anstifter die Tat gewollt und ein Mittel angewendet habe, welches ihre Verwirklichung herbeiführte. Sie wurzelt also ebenso sehr in seinem Willen als in seinem äußeren Tun." Diese beiden fremden Entwürfe bieten unseren Forderungen keine Stütze. Im Norwegischen Strafgesetzbuch fällt die Frage, wie die einzelnen Teilnahmearten zu gestalten sind, vollkommen aus, da es den Teilnahmebegriff aufgegeben hat.[3])

[1]) B. oben. S. 32.
[2]) Allgemeine Bemerkungen zu Entwurf I. S. 43.
[3]) Über seine Mitschuldsformen unten S. 159.

Daß ferner die Anstiftung im Deutschen Vorentwurf zu jeder Straftat, somit auch zur Übertretungshandlung strafbar ist, entspricht der kriminellen Bedeutung, die der Anstiftung beizumessen ist, und ist auch in gleichem Sinne in den anderen zum Vergleich herangezogenen Systemen geregelt. Macht der Gesetzentwurf zum Deutschen Vorentwurf hiervon eine Ausnahme, wenn er in seinem § 32 Abs. 1 bestimmt:

> „Wer einen anderen zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird als Anstifter gleich dem Täter bestraft,"

so wird dem künftigen Gesetzgeber nicht zu empfehlen sein, dieser Anregung zu folgen.

Soweit die Regelung der Anstiftung, wie sie der Vorentwurf getroffen hat. Ich kann mich aber als Gegner einer akzessorischen Teilnahmenatur und Bekenner zu der Bindingschen Auffassung mit dieser Gestaltung nicht zufrieden geben. Die Fälle, die durch den Vorentwurf neu getroffen werden sollen, scheiden m. E. von selbst aus dem Kreis der Anstiftungsfälle aus, da ich mir, auch selbst im Falle der Billigung der limitiert-akzessorischen Teilnahmenatur, immerhin noch nicht die Anstiftung eines Unzurechnungsfähigen denken kann. Vielmehr sind alle Fälle der Anstiftung, wie wir oben[1]) gesehen haben, entweder als Fälle mittelbarer Täterschaft oder, falls nur eigenhändig begehbare Delikte vorliegen, wegen lediglichen Bewirkens der Verbrechensbegehung als Fälle der Verursachung im Bindingschen Sinne anzusehen.

Da wir bereits die Notwendigkeit der gesetzlichen Fixierung dieser neuen Mitschuldsformen kennen gelernt haben, so wollen wir auf ihre gesetzestechnische Bestimmung, wie sie sich in einem Deutschen Strafgesetzbuch im Sinne unserer obigen Erörterungen zu gestalten haben müßte, gleich im Anschluß an diesen Abschnitt der Anstiftung, aus der sie ja resultieren, zu sprechen kommen.

a) Täterschaft.

Aus der Erweiterung des Täterbegriffs ergibt sich von selbst die Notwendigkeit, die Forderung Bindings[2]) nach einer gesetzlichen Feststellung des Täterbegriffs zu erfüllen. Es kommt darauf an, die begrifflich zulässige Erweiterung der Täterschaft

[1]) S. die Zusammenfassung nochmals auf S. 75 ff.
[2]) G. S. Bd. 76, S. 90 ff.

in vollstem Umfange gesetzlich anzuerkennen. Dies ist geschehen in der Bindingschen[1]) Formulierung, wonach:

Täter ist, wer seinen auf Verwirklichung des Verbrechenstatbestandes gerichteten schuldhaften Entschluß eigenhändig ausgeführt hat, oder durch einen Schuldigen oder Schuldlosen hat ausführen lassen.

Ähnlich wie Binding definiert auch der Gesetzentwurf in seinem § 31. Nur spricht er nicht von „ausführen lassen", sondern von „Ausführung bewirken". Wie die Begründung zum Gegenentwurf[2]) ausführt, sei das „lassen" der Bindingschen Formen zweideutig, es bezeichne sowohl das Veranlassen (faire), als auch das Zulassen (laisser). Da aber schon nach geltendem Recht die pflichtwidrige Nichthinderung einer strafbaren Handlung grundsätzlich so behandelt wird wie ihre Verursachung, letztere aber, wie oben gezeigt, durch die freie vorsätzliche Tat eines Dritten keine Unterbrechung zu erleiden braucht, so ist die allgemeine Gleichstellung von Verursachung und pflichtwidriger Zulassung einer strafbaren Handlung, wie sie sich aus der Bindingschen Formel ergibt, zu begrüßen. Wir geben damit das bisher herrschende Dogma preis, wonach, wenn die strafbare Handlung die freie vorsätzliche Tat eines Zurechnungsfähigen ist, ihre pflichtwidrige Nichthinderung nur als Beihilfe, „sog. negative Beihilfe", bestraft werden kann.[3]) Allerdings bin ich der Ansicht, daß diese Gleichstellung ihrer Bedeutung wegen besondere ausdrückliche Erwähnung verdient,[4]) da ihr vollkommen ungenügend Rechnung getragen wird durch eine nur zweifelhafte Auslegung eines einzelnen Wortes. Ich bin daher geneigt, der Fixierung des Gegenentwurfs wegen ihrer Deutlichkeit, wie sie sich aus dem „Bewirken der Ausführung" und der zweifelsfreien Berücksichtigung der pflichtwidrigen Zulassung durch ihre allgemeine Gleichstellung mit der Verursachung ergibt, den Vorzug zu geben. Unter allgemeiner Ablehnung der Auch-Täterschaft des § 31 G. E. (die m. E. entgegen der Ansicht der Begründung[5]) statt zur Klärung höchstens zu neuen Zweifeln Anlaß geben könnte, wäre es wünschenswert, den Passus: „oder ihre Ausführung durch einen anderen be-

[1]) G. S. Bd. 76, S. 98.
[2]) Begr. zum Gegenentw. S. 49.
[3]) Vergl. v. Bar: Gesetz u. Schuld 2. S 699.
[4]) Man denke z. B an den Fall: der Nachtwächter läßt wissentlich eine Brandlegung geschehen. Meyer-Allfeld, Lehrb. S. 248, N. 10.
[5]) Begr. z. Gegenentw. S. 48.

wirkt oder pflichtwidrig zuläßt", aus dem Gegenentwurf in die Bindingsche Formel herüberzunehmen.

Es wäre vielleicht noch zu fragen, ob nicht die Bestrafung der (nicht vorher zugesagten) Nichthinderung, „auch ohne besondere Pflicht der Hinderung", für legislativ zweckmäßig zu erachten ist, was ich jedoch verneine, da hierdurch m. E. nur einer Verwechselung des rechtlichen Gesichtspunktes mit dem moralischen der Weg gebahnt wird. Denn es ist, wie von Bar[1]) hierzu mit Recht bemerkt, „oft demjenigen, der hindern soll, weit schwerer zu beurteilen, ob ein Verbrechen wirklich begangen werden soll, als zu beurteilen, ob ein schädlicher Erfolg unmittelbar aus einer besonderen Konstellation sich ergeben wird. Täuschungen sind hier leicht möglich, und unter Umständen enthält die Hinderungspflicht, die Verpflichtung, auch die Handlungen anderer rechtlich zu beurteilen, eine Forderung, die gegenüber demjenigen, der nicht als Beamter die Verpflichtung der Hinderung haben soll, zuweilen exorbitant erscheinen muß." Auch kann gerade die Hinderung von Verbrechen für denjenigen, der hindern soll, mit besonderen Gefahren verbunden sein, z. B. wegen Zorn oder Rachsucht des oder der Gehinderten, wie auf der andern Seite die Anzeigepflicht, wenn etwa der Schuldige schon wegen Versuchs straffällig sein sollte, eine schwere Kollision moralischer Pflichten herbeiführen kann. Der Vorentwurf erkennt daher mit gutem Grunde eine allgemeine Hinderungs- und selbst nur Anzeigepflicht bevorstehender Verbrechen, von denen man Kunde erhalten hat, für welch' letztere die genannten Gründe um so mehr gelten, als Anzeigen, deren Inhalt sich nicht erweisen läßt, den Anzeigenden in den Verdacht böswilliger Denunziation bringen können, nicht an, und bestraft nach § 174 D. V. E. nur die Unterlassung der „Verbrechensanzeige, als besonderes Omissivdelikt.

b) Urheberschaft.

Da die sog. Anstiftung zu allen nur eigenhändig begehbaren Verbrechen nichts anderes ist als reine Urheberschaft, so ergibt sich daraus die Notwendigkeit, Bestimmungen über die Urheberschaft in den „Allgemeinen Teil" aufzunehmen. Was die Höhe der Strafe anlangt, so ist bereits wiederholt darauf hingewiesen, daß für das Maß seiner Strafe ganz andere Ge-

[1]) v. Bar: Gesetz u. Schuld 2. S. 700.

sichtspunkte ausschlaggebend sind als für das des Täters. Es ist nicht der Anstifter, der selbst die unwahre Aussage gemacht und beschworen hat, nicht der Beamte, der sein Pflichten- und Treuverhältnis dem Staat gegenüber gröblich verletzt hat. Verdient die Urheberstrafe der Täterstrafe gegenüber Milderung, so darf sie andererseits nicht bis zur Gehilfenstrafe heruntersinken, da der Urheber nicht wie der Gehilfe nur im Bedingungsverhältnis zum Verbrechen steht, sondern im ursächlichen. Da nun der Urheber weniger ist als der Täter, aber doch mehr als der Gehilfe, so hebt Binding[1]) mit Recht hervor, daß es am zweckmäßigsten erscheint, auf ihn die Strafe des Versuchs anzuwenden. Wo schon der Versuch der Urheberschaft mit Strafe belegt werden sollte, hätte der „Besondere Teil" zu bestimmen und wäre dann hier die Strafe der Beihilfe[2]) in Anwendung zu bringen.

Da die fahrlässige Urheberschaft, von dem Gebiete der Presse abgesehen,[3]) nur eine ganz unbedeutende Rolle spielt, wären jene Satzungen auf die vorsätzliche Urheberschaft zu beschränken, auf diese aber in vollem Umfange zu erstrecken. Binding[4]) schlägt vor, für den Urheber folgende Bestimmung zu treffen:

> „Urheber ist, wer Täter nicht ist, aber vorsätzlich rechtswidrig einen anderen zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung bestimmt.
>
> Der Urheber ist zu strafen, als wäre er Täter des Versuchs, und ist die strafbare Handlung unvollendet geblieben, als wäre er Gehilfe zum Versuche."

Dabei ist jedoch ein anderer Paragraph des Strafgesetzbuches vorausgesetzt, der sagt, daß auch in diesem Paragraphen der „strafbaren Handlung" ihr objektiver Tatbestand gleichgestellt werde.[5]) Es ist gegen die in sich klare Bestimmung Bindings nichts einzuwenden.

---

[1]) G. S. Bd. 76. S. 114.

[2]) Ein wahrhaft interessantes, vielleicht das interessanteste Gebilde für die vorsätzliche und fahrlässige Urheberschaft bietet das Reichspressgesetz v. 7. Mai 1874 in seinen §§ 20 u. 21, in denen der Gesetzgeber einen Urheber als vorhanden anerkannt hat. Da wir es hier mit den Mitschuldsformen im neuen Strafgesetzb. zu tun haben, so entfällt die Urheberschaft" bei Preßdelikten leider unserer näheren Betrachtung.

[3]) G. S. Bd. 76, S. 114.

[4]) Wie wir sie noch unten: S 98 ff kennen lernen werden.

[5]) Vergl. unsere Ausführungen. S. 9 ff.

Von den fremden Entwürfen findet sich im Norwegischen Strafgesetzbuch die Urheberschaft, freilich in einer zu weit gefaßten Ausdehnung, wieder. Da das Gesetz in seinen Tatbeständen das „Bewirken" eines bestimmten Erfolges als die kriminelle Haupttat bezeichnet, die „Mitwirkung" aber nur da strafbar sein läßt, wo dies ausdrücklich gesagt, so geht nach diesem Gesetz streng genommen die Täterschaft in der Urheberschaft auf. In Wirklichkeit steht aber, wie wir oben gesehen haben, die Täterschaft als geschlossenes Ganzes der Urheberschaft gegenüber. Immerhin ist bei einer derartigen begrifflichen Ausdehnung Binding[1]) beizustimmen; wenn er „das von Getz entworfene Strafgesetz für das Königreich Norwegen vom 22. Mai 1902 als das „gelobte Land" der Urheberschaft bezeichnet."

Gänzlich unrichtig wird das „Bewirken"[2]) im Vorentwurf eines Österreichischen Strafgesetzbuchs gebraucht, da hier der darin liegende Gehalt der Urheberschaft infolge der Gleichstellung mit der Täterschaft vollkommen verkannt wird. Hier macht der Entwurf insofern einen großen Fortschritt, als er zwar nicht gerade ausgeht von dem objektiven Tatbestand, aber doch die Frage aufwirft und beantwortet, wer für dessen Setzung kriminell verantwortlich gemacht werden kann. Freilich wird da das verschiedenartigste zusammengeworfen, um schablonenmäßig behandelt zu werden: die vorsätzliche mittelbare Täterschaft durch ein fahrlässig handelndes Werkzeug, die bereits erwähnte Täterschaft wie die Urheberschaft durch die Handlung eines Zurechnungsunfähigen, die Beihilfe zum fahrlässigen Delikt wie zur Tat des Unzurechnungsfähigen, das alles soll trotz der größten Verschiedenheit der Begehungsformel und des Strafgehalts, denen gegenüber der Österreichische Entwurf eine ausnehmende Gleichgültigkeit zeigt, Täterschaft sein.

C. Beihilfe.

Was von dem an sich als Fortschritt zu begrüßenden praktischen Resultat der Neugestaltung der akzessorischen Natur der Teilnahme im Vorentwurf bereits mit Bezug auf die Anstiftung gesagt ist, muß auch hier von der Beihilfe gelten. Von dieser allgemeinen Erwägung aus wollen wir uns hier dem Beihilfebegriff im besonderen zuwenden. Eine Beurteilung der Formulierung des Beihilfetatbestandes wird stets erst Stellung nehmen

[1]) G. S. Bd. 76, S. 113, N. 1.
[2]) O. V. E. § 13, Abs. 1.

müssen zur Abgrenzung der Beihilfe von der Mittäterschaft, da sich beide Glieder in ihrem Tatbestande berühren und kreuzen. Eine derartige Verdeutlichung und Beschränkung der Mittäterschaft gegenüber kann nun aber im subjektiven oder objektiven Sinne erfolgen, je nachdem man als Maßstab anlegt die Art der äußeren Betätigung oder die Art der inneren Willensrichtung. Das Resultat unserer Stellungnahme in dem Kampf der objektiven und subjektiven Theorien in seiner Anwendung auf die im Vorentwurf getroffene Begriffsbestimmung wird die Grundlage unserer allgemeinen Kritik bilden, der dann erst in zweiter Linie die Beurteilung der einzelnen Begriffsmerkmale folgt.[1])

Was die subjektiven Theorien betrifft, so ist nach ihnen der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe ein lediglich subjektiver, in der Willensrichtung des Täters gelegener, nach welcher der Mittäter den herrschenden animus auctoris, der Gehilfe den sich unterordnenden animus socii hat, jener die Tat als die seine, dieser die Tat als die eines anderen will.[2]) Erhält hiernach die Tätigkeit der Beteiligten ihren besonderen Charakter erst durch den Willen, der sich in ihr verkörpert, ohne nach ihren äußeren, objektiven Kriterien zu fragen, so muß man gegen diese subjektiven Theorien, deren Auffassung das Reichsgericht in der Rechtsprechung zur herrschenden gemacht hat,[3]) einwenden, daß ihre subjektive Unterscheidung, mag sie nun in der Verschiedenheit des dolus, oder, was längst als wissenschaftlich überwunden gilt, in der Verschiedenheit von Zweck und Interesse der zum Verbrechen Mitwirkenden liegen, lediglich auf psychologischen Momenten basiert, die sich der Außenwelt entziehen und die deshalb leicht einer falschen Beurteilung ausgesetzt sind, Andererseits lassen

[1]) Vergl. hierzu: v. Birkmeyer, Lehre v. der Teilnahme, S. 96 ff.; Vergl. Darst. S. 10 ff. u. 140 ff.; Begründung zum Vorentw. S. 304—306, 310; M. E. Mayer: Versuch u Teilnahme in Aschrott- v Liszt S. 365; s. weiter die Darstellung der Teilnahmetheorien bei v. Liszt: Lehrb. S. 221, N. 9; Meyer-Allfeld: Lehrb. S. 239 240 S 37 N. 11; Finger; Lehrb. 329 ff. in N. 436; Frank Komm. zu § 47 unter II.

[2]) cf. Begr. S. 304, 305; v. Birkmeyer: Teilnahme S. 1 ff., Vergl. Darst. S. 16 ff. v. Bar: S. 597 ff.; Finger: Lehrb. I S. 339.

[3]) So unter and. R. G 26, 345, 351; 28, 304; 37, 92; etc.: Nur auf die Willensrichtung, nicht auf die objektive Beteiligung käme es daher an, vorausgesetzt, daß irgend eine äußere Mitwirkung stattgefunden hat; auch das Herbeischaffen der Werkzeuge, das Hinwegräumen der Hindernisse, die Ermunterung der Täter, das Wachestehen, während die Genossen das gemeinsam geplante Verbrechen vollführen, selbst die ermunternde Anwesenheit am Tatorte, könne als Mittäterschaft betrachtet werden.

sich aber die subjektiven Theorien konsequent gar nicht durchführen, da ihr Satz, daß jemand solange Gehilfe bleibt, als er mit dem Gehilfendolus tätig wird, rettungslos an der Begehung der Haupthandlung scheitert.

Aber auch den rein objektiven Theorien, die eine Trennung des Gehilfen von dem Mittäter aus der Verschiedenheit der Kausalität ihrer Mitwirkung herleiten wollen, werden wir uns nicht anschließen. Nach ihnen ist der Unterschied zwischen Gehilfen und Mittäter objektiv zu verstehen, wonach das Hilfeleisten in einer anderen Tätigkeit als das Mitausführen besteht. Diese Auffassung hat zu zwei verschiedenen Arten objektiver Theorien geführt, zu den formal-objektiven, die die Unterscheidung darin sehen, daß der Mittäter den gesetzlichen Tatbestand ganz oder teilweise verwirklicht, während der Gehilfe nur Handlungen vornimmt, die nicht zum Tatbestande gehören, und zu den materiell-objektiven, die eine Trennung des Gehilfen von dem Mittäter aus der Verschiedenheit der Kausalität ihrer Mitwirkung herleiten wollen, wonach der Mittäter für den Verbrechenserfolg eine Ursache, der Gehilfe nur eine Bedingung setzt. Wie bereits erwähnt, müssen wir auch die letztgenannten materiell-objektiven Theorien, für die am konsequentesten und schärfsten von Birkmeyer[1]) eintritt, ablehnen, da ihre Annahme zugleich die Anerkennung einer äußerst bestrittenen Kausalität voraussetzen würde, die überdies in ihrer Konstruktion lediglich eine philosophische Lehrmeinung zum Ausdruck bringt.[2])

Allerdings lehnen wir es ab, als Argument gegen diese Kausalität, wie es von vielen Seiten geschieht,[3]) die Lehre von der logischen Gleichwertigkeit aller Bedingungen, die zusammen die eine Ursache eines Erfolges bilden, ins Feld zu führen. Jene zweifellose Wahrheit von der logischen Gleichwertigkeit aller Teile einer Ursache ist schon, wie Binding[4]) richtig bemerkt, für die Beurteilung des mechanischen Geschehens wertlos, weil die logische Gleichwertigkeit mit der größten dynamischen Verschiedenheit verträglich ist und weil Ursache nur eine siegreich wirkende Energie sein kann. Und ganz besonders auf dem

---

[1]) So besonders außer seiner: Teilnahme S. 96 ff. in der Vergl. Darst. S. 19 ff.

[2]) So auch Begr. S. 305, 306.

[3]) So v. Liszt; Lehrb. S. 126 — die sämtlichen Bedingungen des Erfolges sind mithin gleichwertig —; Finger: Lehrb. S. 275; Frank: Komm. § 1 III; Olshausen: Teil I Abschn. 3 N. 2.

[4]) G. S. Bd. 78 S. 25.

ganzen Gebiet der sog. Geisteswissenschaften, also auch auf dem Rechtsgebiet, ist die ganze Frage der Urheberschaft, wie bereits oben eingehend gezeigt nur als dynamische und zugleich als die Frage nach einem persönlichen Urheber gefaßt. In ähnlicher Weise argumentiert Kohler[1]) gegen den Satz, daß alle Kausalmomente, weil sie unentbehrlich sind, in ihrem Verhältnis zum Erfolg einander gleichstehen. Er nennt diesen Satz einen Trugschluß: die unentbehrlichen Einwirkungen sind nicht etwa wegen der Unentbehrlichkeit auch intensiv gleich; es gibt Kausalmomente, welche stärker zur Tat hinneigen als andere, und es gibt gewisse Betätigungen, die zwar unentbehrlich sind, aber doch nur in entfernterer und daher abgeschwächter Weise mit dem Erfolg zusammenhängen. Kohler führt an: wenn bei der Gleichung $5 + 6 + 11 = 22$ die Zahl 5 ebenso unentbehrlich ist, um die Summe herauszubekommen, als 6 oder 11, so ist es nichtsdestoweniger sicher, daß 11 dabei schwerer wiegt und eine größere Rolle spielt als 5 oder 6.

In gleichem Sinne äußert sich auch Heimberger[2]) in seinem Referate vor der deutschen Gruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung. Doch würde diese kausale Differenzierung zwischen dem Setzen einer Ursache oder einer Bedingung für den Verbrechenserfolg kein sicheres Unterscheidungsmerkmal bieten, weil in dem einzelnen Falle stets noch die nicht minder schwere philosophische Untersuchung übrig bliebe, ob in der Handlung eine Ursache oder eine Bedingung zu erblicken ist. Was uns an der materiell-objektiven Teilnahmetheorie richtig erscheint, ist, daß Gehilfe derjenige ist, der die Tat eines anderen in anderer Weise als durch Mitvornahme der Ausführungshandlung unterstützt.

Diese Formulierung finden wir aber gerade bei den formal-objektiven Theorien ausgeprägt, die eine Unterscheidung aus der Vornahme von tatbestandsmäßigen und nicht tatbestandsmäßigen Handlungen der Beteiligten herleiten.[3]) Ich schließe mich dieser Auffassung an, da sie psychologischen und philosophischen Erwägungen, wie sie die subjektiven und materiell-objektiven Theorien mit sich bringen, entrückt, eine äußere wahrnehmbare und deshalb sichere und praktische Grundlage

---

[1]) Kohler: Goltd. Arch. Bd. 58 S. 15.
[2]) Sitzung der deutschen Gruppe der I. K. V. v. 6. Juni 1903 Mitt. XI. S. 538.
[3]) So v. Liszt: Lehrb. S. 220; Finger: Lehrb. I. S. 340 ff.

für die Beurteilung bietet. Köhler[1]) bemerkt hierzu noch, daß schon nach dem Sprachgebrauch des Lebens das „Hilfeleisten" wie auch das Wort „Beihilfe" zunächst auf einen objektiv irgendwie untergeordneten Tatbeitrag hindeuten. Wer bei einem Einbruchsdiebstahl nur Späne gestanden ist oder nur die Leiter gehalten hat, den nenne man für gewöhnlich nicht Dieb, sondern nur einen Diebesgehilfen. Es trifft daher m. E. die Behauptung der Begründung[2]) nicht zu, daß es im wesentlichen der Auffassung des praktischen Lebens entspreche, wenn hier diese Beitragsleistung als Täterschaft angesehen wird, sofern der Unterstützende die Tat dabei als eigene will. Gegen unsere Theorie wird nun von verschiedenen Seiten[3]) vorgebracht, daß sie an der Unmöglichkeit scheitere, für alle strafbaren Delikte objektive Kriterien der Ausführungshandlungen zu bringen. Soweit Tatbestände in Frage kommen, deren Ausführungshandlungen vom Gesetz selbst ausdrücklich angegeben sind, die, wie Beling[4]) sagt, „in gewisser Weise kolorierte Handlungen selber benennen, ohne irgendwie der sich an sie anschließenden Kausalreihe zu gedenken, und die er Formaldelikte, schlichte Tätigkeitsdelikte, nennt, so sind die objektiven Kriterien, wie unbestritten, von selbst gegeben. Nur bei den Delikten mit tatbestandsmäßigem Erfolge, den Erfolgsdelikten, die Beling[5]) Materialdelikte nennt, soll das Kriterium nicht zu erkennen sein. Wenn auch nicht so augenscheinlich und bequem wie bei den Formaldelikten, so ist doch auch hier das Handeln zu erkennen, das nur zusammen mit einer ergänzenden schuldhaften Handlungskomplementärhandlung im Belingschen Sinne), tatbestandliche Färbung gewinnt, das also ergänzungsbedürftig ist und für sich allein nicht als Tatbestandsverwirklichung erscheint[6]), während Ausführungshandlung dasjenige Handeln ist, von dem sich auch ohne Hinzunahme sonstiger schuldhafter Handlungen ohne weiteres sagen läßt, daß es den Tatbestand erfüllt, wenigstens den Anfang davon darstellt, daß es also ein Töten, ein Wegnehmen usw. bedeutet.[7])

Auch hat die Sanktionierung einer derartig formalen Unterscheidung in ihrem bestimmten Hinblick auf die mildere Be-

[1]) Köhler: Studien z. Vorentw. S. 36.
[2]) Begr. S. 305.
[3]) So u. a. v. Hagerup: Z. XXX. S. 765.
[4]) Beling: Die Lehre vom Verbrechen S. 203.
[5]) Beling: eod. S. 204.
[6]) Beling: eod. S. 251.
[7]) Beling: eod. S. 250.

strafung des Gehilfen im Vergleich zum Mittäter insofern ihre innere Berechtigung, als sie der verschiedenen sozialen Bedeutung, die der Ausführungshandlung im Unterschied zur Beihilfehandlung zukommt, Rechnung trägt. Schwierig bleibt nur noch der Begriff „Ausführungshandlung" zu fixieren, ich möchte aber hier mit Finger[1]) davon ausgehen, daß alle Handlungen, die eine bestimmte Norm übertreten, etwas Gemeinsames haben, an dem man sie als Übertretungen eben dieser Norm erkennt, und mit ihm zu dem Satze kommen: daß „Ausführungshandlung jene ist, die die generellen Merkmale der einen bestimmten Verbrechenstatbestand bildenden Handlungen an sich trägt". Damit scheint mir eine klare Fassung gegeben zu sein, die deshalb besonderen Vorzug verdient, als sie infolge ihrer engen Anlehnung an den verbrecherischen Tatbestand auch praktisch brauchbar ist.

Nicht weiter kommen wir mit den Ausführungen Kohlers[2]), daß eine Festsetzung der Unterscheidungsmerkmale zwischen diesen beiden Kategorien schon deshalb nicht gelingen könne, da zwischen Mittätern und Gehilfen kein Qualitätsunterschied, sondern lediglich ein Quantitätsunterschied bestehe. In gleichem Sinne äußert sich auch Harburger[3]), wonach: „Mittäterschaft und Beihilfe nicht absolut feststehende, sondern nur relative Begriffe" sind. Nicht durch Anwendung einer Schuldformel, nur durch Abwägung der besonderen Verhältnisse der einzelnen Straftat lasse sich die Schuld der einzelnen Teilnehmer bemessen und hiernach die Strafbarkeit der einzelnen bestimmen. Dann würde aber, wie Berolzheimer[4]) mit Recht sagt, der Gehilfe als ein, wenn auch in geringerem Maße für die Herstellung des Verbrechenserfolges in Betracht kommender Mittäter erscheinen, und damit wären wir bei der Selbständigkeit der Beihilfe angelangt. Auch wir erklären uns, wie oben bemerkt, für eine Verselbständigung der Teilnahme und somit auch der Beihilfe, aber lediglich aus dem Grundsatz der individuellen Haftung heraus; die eben gehörte Begründung, wonach der Gehilfe als Täter erscheint, lehnen wir aber strikte ab, da wir für die Täterschaft die Verursachung des Verbrechens fordern, während die Beihilfe lediglich in der Setzung einer Bedingung besteht. Den Satz aber, daß alle Bedingungen für den

[1]) Finger: Lehrb. I. S. 355.
[2]) Kohler: Studien Bd. I. S. 92 ff.
[3]) Harburger: Mitt. XI. der I. K. V. S. 524.
[4]) Berolzheimer: Die akzessorische Natur der Teilnahme S. 16.

Verbrechenserfolg gleichwertig seien, haben wir bereits abgelehnt. Es erscheint somit für uns der Satz Kohlers[1]): „Hätten wir überall mildernde Umstände, so bedürfte es des Gehilfenbegriffes nicht," der zum Ausdruck bringen soll, daß der Gehilfe als Mittäter entsprechend seiner geringeren Verschuldung auch milder gestraft werden soll, bedeutungslos.

Leider hat hier der Vorentwurf unsere Forderung nach einer Begriffsgestaltung, die ein klares Bekenntnis zur formalobjektiven Teilnahmetheorie ablegt, nicht erfüllt.[2]) Der § 79 D. V. E., auf dessen Wortlaut wir noch zurückkommen, lehnt sich ganz an den § 49 St. G. B. an. Konnte man aber diesen Paragraphen bisher in Theorie und Praxis sowohl im objektiven wie auch im subjektiven Sinne auslegen, je nach der Gedankenrichtung, der der einzelne Gesetzesinterpret anhing, so gilt diese Möglichkeit einer verschiedenartigen Auslegung, die beiden Richtungen gerecht wird, auch für den an die Stelle des § 49 St. G. B. tretenden § 79 V. D. E. Es bleibt m. E. den gesetzlichen Faktoren noch vorbehalten zu prüfen, ob sie nicht eine Begriffsbestimmung aufnehmen wollen, die ein klares Bekenntnis zur objektiven Teilnahmetheorie ablegt, welches der Gesetzesanwendung eine sichere Grundlage geben würde. Empfehlenswert erscheint mir die Fassung, wie sie v. Birkmeyer[3]) vorgeschlagen hat:

„Als Gehilfe wird bestraft, wer, ohne an der Tatbestandshandlung selbst sich zu beteiligen, die Begehung des Verbrechens durch Rat oder Tat wissentlich erleichtert oder befördert hat."

Damit wäre implicite zum Ausdruck gebracht, daß als Täter zu betrachten ist, wer die Tatbestandshandlung vornimmt oder mitvornimmt.

Auch die Verfasser des Gegenentwurfs haben in ihrem § 33 G. E. gleichfalls eine rein objektive Formulierung zum Gesetzestext erhoben, die lautet:

> „Jede nicht unter die §§ 31, 32 (Täterschaft, Anstiftung) fallende vorsätzliche Beteiligung bei dem von einem anderen begangenen Verbrechen oder Vergehen wird als Beihilfe nach den Vorschriften über den Versuch § 28) bestraft."

---

[1]) Kohler: Studien aus dem Strafrecht Bd. I. S. 93.
[2]) Vergl. Begr. S. 312
[3]) v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S 145.

Läßt nun der § 49 St. G. B., wie ausgeführt, seinen Auslegern die Wahl zwischen der Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne offen, so ist nicht zu verstehen, daß die Verfasser des Vorentwurfs[1]) für den § 79 lediglich subjektive Auffassung beanspruchen,[2]) ohne dies irgendwie zum Ausdruck zu bringen. Ob das Reichsgericht, das an seine bisherige Judikatur nicht gebunden ist, die subjektive Theorie unerschütterlich weiter vertreten wird, läßt sich nicht mit absoluter Gewißheit prophezeien. Jedenfalls darf man, worauf Köhler[3]) mit Recht hinweist, bloße Präjudizien, wenn sie auf grammatikalischer Auslegung gar nicht fußen wollen, dem wirklich ausgesprochenen Gesetzesinhalt nicht dergestalt gleichsetzen, daß man bei neuer Abfassung des Gesetzes einfach erklärt, diese oder jene Theorie entspreche der bisherigen Judikatur und brauche daher im Gesetz nicht ausdrücklich anerkannt zu werden. Treffend bemerkt hierzu auch von Liszt[4]), daß in dem Entwurf über die Abgrenzung keine Silbe gesagt ist und da die persönliche Ansicht der Verfasser des Entwurfs nicht die Bedeutung einer gesetzlichen Regelung habe, die ungelöst gebliebene Streitfrage nach wie vor eine bedenkliche Unsicherheit in die Rechtsprechung hineingetragen werde. In gleichem Sinne äußert sich Kantorowicz[5]), der „diese Entscheidung aus dem Wortlaut des Entwurfs nicht herauszulesen vermag und deshalb das Wiederaufleben der Streitfrage für unvermeidlich hält." Auch die Verfasser des Gegenentwurfs[6]) machen dem Vorentwurf zum Vorwurf, daß er die Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe seiner Begründung überläßt.

Kommen wir nunmehr zu den einzelnen gesetzlichen Begriffsmerkmalen selbst.[7]) Der § 79 D. V. E. lautet:

„Wer dem Täter zu dem von ihm begangenen Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe geleistet hat,

---

[1]) Begr. S. 305, 310.

[2]) Auch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission ist der Unterschied zwischen Mittäterschaft und Beihilfe nach der sog. subjektiven Theorie zu bestimmen, nämlich ob der Handelnde den Täterwillen hatte. D. J. Z. XVI Nr. 22 S. 1355.

[3]) Köhler: Studien z. Vorentw. S. 36.

[4]) v. Liszt: Z. XXX S. 275.

[5]) Kantorowicz: Mon.-Schr. f. Kriminalpsych. u. Strafrechtsref. VII. S. 309.

[6]) Begr. z. Gegenentw. S. 50.

[7]) Vergl. hierzu Begr. z. Vorentw. S. 312; v. Birkmeyer: Vergl. Darst. S. 145; M. E. Mayer: in Aschrott-v. Liszt. S. 365, 366; v. Bar: Ges. u. Schuld 2. S. 718.

wird nach den Vorschriften über den Versuch (§ 76) bestraft."

Damit hat der Vorentwurf den Tatbestand der Beihilfe allein durch den Begriff des Hlifeleistens bezeichnet, die Worte: „durch Rat und Tat", die sich im § 49 St. G. B. finden und eine Erläuterung dafür geben, daß die intellektuelle Beihilfe der physischen gleichsteht, weggelassen. Es scheint mir, daß, parallel zur Bestimmung der Anstiftung, es auch hier bei dem in sich klaren Begriff des Hilfeleistens einer mehr Anhaltspunkte gewährenden Formulierung nicht bedarf, daß die Praxis mit dem im § 79 D. V. E. gewählten Text ohne Bedenken auskommen wird.[1]) Dieser kurzen Formulierung bietet auch die Fassung des Schweizerischen Vorentwurfs im Art. 22 Abs. 2 eine Stütze, der sagt:

„Wer dem Täter zu dem Verbrechen vorsätzlich Hilfe geleistet hat, kann milder bestraft werden." (Art. 49.)

Andererseits hat aber der Österreichische Vorentwurf eine umfassendere Formulierung angenommen, wenn er in seinem § 13 Abs. 1 sagt:

„Wer einem anderen zu einer strafbaren Handlung durch Wort oder Tat Hilfe leistet oder eine bei oder nach der Tat zu leistende Hilfe zusagt, unterliegt den für den Täter geltenden Bestimmungen."

Da aber dieses letzte Begriffsmerkmal, die Zusage, nicht unbedingt eine Förderung für den Täter bedeuten muß, andererseits aber wiederum, falls es tatsächlich diese Wirkung hat, ohne weiteres als Beihilfe zu bewerten ist, so erscheint mir dieser Zusatz überflüssig, zeigt aber gleichzeitig, und das bedeutet für mich einen Beweis für die Billigung der kurzen Bestimmung des Deutschen Vorentwurfs, daß es die beste Lösung ist, auf die exemplifikative Aufzählung der einzelnen Mittel des Hilfeleistens zu verzichten, da sie stets in dem engen Rahmen einer Gesetzesbestimmung die Gefahr einer mangelhaften, oder, wie oben, überflüssigen Hervorhebung in sich birgt, ein solcher Verzicht aber um so angebrachter ist bei einem Begriff, der, wie das Hilfeleisten, in sich klar und gemeinverständlich ist. Darin, daß der Vorentwurf „vorsätzlich", anstatt, wie im Strafgesetzbuch,

---

[1]) Gleiche Ansicht v. Bar: eod. S. 718; entgegengesetzter Meinung Binding, da nach ihm hier der Satz gilt: superflua produnt: G. S. Bd. 76. S. 114, N. 3.

„wissentlich" sagt, erblicke ich einen Fortschritt, da v. Bar[1]) m. E. mit Recht darauf hinweist, daß das „wissentlich" zweideutig ist. Der dolus eventualis muß hier, entsprechend unseren obigen[2]) Ausführungen, bestimmt ausgeschlossen sein.

An diese Beihilfehandlung, wie sie sich in der eben erörterten begriffsentwickelnden Bestimmung, was unter Beihilfe zu verstehen ist, wiederspiegelt, knüpft nun der Deutsche Vorentwurf unter Verweisung auf seinen § 76 die Rechtsfolge der Strafe, die er für die Versuchshandlung ausgeworfen hat. Auch hier hat der Wortlaut des Vorentwurfs ganz wie bei der Anstiftung infolge seiner ungenauen Ausdrucksweise eine Verschlechterung erfahren. Bezeichnet der § 49 St. G. B. mit größter Gewissenhaftigkeit das Strafgesetz, wonach der Gehilfe gestraft werden soll: es ist das Gesetz für die Handlung, zu der er „wissentlich Hilfe geleistet hat", so sagt der § 79 D. V. E. in unverzeihlicher Sorglosigkeit: der Gehilfe sei „nach den Vorschriften über den Versuch" zu bestrafen. Den Versuch einer versuchten Handlung gibt es aber bekanntlich nicht. Schon deswegen kann, wie Köhler[3]) richtig folgert, der Gehilfe bei versuchten Handlungen nicht nach den Vorschriften über den Versuch bestraft werden sollen. Die doppelte Reduktion, welche gemäß § 49 Abs. 2 St. G. B. im Falle der Beihilfe zu einem unvollendet gebliebenen Verbrechen einzutreten hatte, fällt damit hinweg, zumal da sie auch in keiner Weise mehr angedeutet ist. Vernünftig formuliert kann der § 79 D. V. E., wie Binding[4]) treffend bemerkt, nur so lauten: der Gehilfe solle nach dem Gesetz bestraft werden, das auf die Tat des unterstützten Täters Anwendung findet, nur, daß die Strafe nach den Vorschriften über den Versuch bemessen werden soll. Damit wäre aber nur eine terminologische Unstimmigkeit beseitigt, der Fehler, der sich auch hier in der Abhängigkeit, somit in dem akzessorischen Wesen zu erkennen gibt, bliebe bestehen. Dieser könnte nur durch die oben prinzipaliter geforderte Ablehnung der Teilnahmenatur beseitigt, durch die daselbst eventualiter geforderte Ausdehnung des § 80 D. V. E. auf die „sachlichen Gründe" gemildert werden.

Daß nun die Beihilfe vom Gesetz mit milderer Strafe zu bedrohen ist als die Täterschaft, haben wir bereits oben bei der

[1]) v. Bar: Gesetz u. Schuld 2. S. 693, 718, N. 221a.
[2]) s. S. 130 ff.
[3]) Köhler: Studien z. Vorentw. S. 34.
[4]) G. S. Bd. 76. S. 109.

Frage nach der Notwendigkeit der gesetzlichen Unterscheidung der Teilnahmearten begründet, es fragt sich nur, ob die Strafdrohung, die sich mit der für den Versuch geltenden deckt, eine angemessene ist. Binding[1]) führt aus, daß der Versuch einer strafbaren Handlung grundsätzlich erheblich strafbarer ist als die Beihilfe dazu. Der Täter des Versuchs will stets das ganze Verbrechen, der Gehilfe will es nie. Und deshalb ist die Strafbarkeit der Beihilfe zu einem Verbrechen prinzipiell geringer als die Strafbarkeit des Versuchs bei demselben Verbrechen, was sich schon daraus ergibt, daß sich der Gehilfe sehr häufig mit einer Vorbereitungshandlung begnügt und für den Fall, daß er wirklich einen Teil des Tatbestandes gesetzt hat, es, wie bereits bemerkt, nie wie der Täter des Versuchs mit Tätervorsatz getan hat. Dem stehen allerdings die Ansichten Naglers[2]) wie der Motive[3]) entgegen. Sagt Nagler: „Daß der verbrecherische Erfolg zur Entstehung komme, wollen an sich sowohl Täter als Gehilfen," so wollen nach den Motiven: „Anstifter wie Gehilfen zwar ebenso wie die Täter den verbrecherischen Erfolg, sie wollen ihn jedoch nicht selbst durch eigenes Handeln herbeiführen, sie wollen ihn vielleicht nur für den Fall, daß sich ein anderer findet, der ihre Straftat als die seine ausführt." Damit deckt sich auch, was v. Bar[4]) sagt: daß der Gehilfe nur dann das Verbrechen will, falls ein anderer die Vollendung übernimmt; der Anstifter das Verbrechen nur will, falls ein anderer die gesamte Tatausführung übernimmt.

Es ist aber diesen Ansichten schon aus der Erwägung heraus nicht beizupflichten, daß es eine große Anzahl Gehilfen gibt, die allein schon aus Angst oder aus Not oder aus Freundschaft für den Täter, der den unerwünschten Dienst von ihnen fordert, helfen. Ergibt sich somit die Voraussetzung einer milderen Bestrafung des Gehilfen in unserem obigen Sinne, so ist Binding[5]) beizutreten, daß ein gerechtes Strafgesetzbuch die Gleichung Beihilfe-Versuch nicht aufstellen darf.

Auch nach M. E. Mayer[6]) scheint die Aufstellung einer besonderen selbständigen arithmetischen Formel notwendig zu sein, da nach ihm, wenn auch der Erfolg des Versuchs und der

---

[1]) G. S. Bd. 78 S. 34, Bd. 76, S. 112.
[2]) Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. S. 125.
[3]) Motive: S. 302.
[4]) v. Bar: Gesetz u. Schuld 2. S. 607.
[5]) G. S. Bd. 76. S. 113.
[6]) M. E. Mayer: Versuch u. Teilnahme. S. 366

unmittelbare Erfolg der Beihilfe wenigstens ungefähr auf den gleichen Schuldstufen stehen, so doch der Vorsatz des Gehilfen beträchtlich hinter dem für den Versuch erforderlichen zurückbleiben kann. Schon deshalb erscheine es gerechtfertigt, für die Beihilfe niedrigere Strafen bereit zu stellen wie für den Versuch.

Nun setzt allerdings als Korrektiv für diese Fälle die generelle Anordnung ein, daß besonders leichte Fälle straflos bleiben sollen. Ist aber schon deshalb gegen diese generelle Regelung Front zu machen, da sie die widerspruchsvolle Möglichkeit zuläßt, die Beihilfe eines Verbrechens oder schweren Vergehens straflos zu lassen,[1]) so ist auch die im Vorentwurf getroffene Elastizität des Rahmens der Versuchsstrafe nach § 76 Abs. 3 nur eine teilweise, sie trifft nicht die Fälle des § 76 Abs. 2, betreffs deren aber unser obiges Bedenken der Gleichstellung der Gehilfen- mit der Versuchsstrafe im vollen Umfange bestehen bleibt.

Die Herabsetzung des Strafrahmens auf die Strafe des Versuchs zum Versuch dürfte vielleicht die gerechte Bestrafung des Gehilfen abgeben. Wir würden somit dazu kommen, eine neue Gesetzesformulierung für die Beihilfe zu fordern. Dabei wäre aber nach unseren obigen grundlegenden Forderungen auch die Ausdehnung des Gehilfenbegriffs auf die Urheberschaft als eine notwendige zu berücksichtigen, denn wie eine Beihilfe zur Täterschaft, gibt es eine solche auch zur Urheberschaft. Wenn der Gehilfe zur Urheberschaft nachher auch noch dem Täter zur Tat hilft, so muß die zweite wichtigere Beihilfe die erste absorbieren.

Ich würde mir eine Gesetzesbestimmung der Beihilfe ungefähr in der Fixierung denken:

> „Als Gehilfe wird bestraft, wer, ohne an der Tatbestandshandlung selbst sich zu beteiligen, bei Begehung des Verbrechens oder Vergehens dem Täter oder dem Urheber vorsätzlich Hilfe geleistet hat. Die Beihilfe ist milder zu strafen als der Versuch, nämlich als Versuch des Versuchs."

Der Österreichische Vorentwurf weicht scheinbar beträchtlich von dem Deutschen Vorentwurf ab, da er im § 13 Abs. 1 prinzipiell den Gehilfen „den für den Täter geltenden Bestimmungen" unterwirft. Da er aber trotzdem im § 13 Abs. 2 für

[1]) cf. M. E. Mayer. S. 347.

den Gehilfen statt der Todesstrafe und des lebenslänglichen Kerkers nur eine Kerkerstrafe von 5—20 Jahren vorsieht, so lenkt er bereits in die Bahnen des Deutschen Vorentwurfs ein und beschränkt seine praktische Verschiedenheit lediglich darauf, daß eine Erweiterung des Strafrahmens nach unten nicht vorgesehen ist. Aus den oben erörterten Gründen, die eine beträchtliche Strafmilderung für den Gehilfen notwendig machen, kann ich mich mit einer derartig geringen Strafmilderung nicht abfinden.

Näher kommt dem Deutschen Vorentwurf der Schweizerische, der in seinem Art. 23 Abs. 2 unter Verweisung auf Art. 49 für den Gehilfen den ermäßigten Strafrahmen des Versuchs, allerdings nur fakultativ, zuläßt. Diese vorgesehene fakultative Strafmilderung des Schweizerischen Vorentwurfs kann aber aus der oben begründeten Notwendigkeit eines besonderen Gehilfenstrafrahmens nicht im geringsten ausreichend und daher dem Deutschen Vorentwurf keineswegs vorbildlich erscheinen. Diese Strafbestimmung ist aber, wie Hafter[1]) richtig bemerkt, das Resultat der folgerichtigen Durchführung der subjektiven Anschauung in der Regelung von Anstiftung und Gehilfenschaft. Hier ist erfüllt, was von Lilienthal[2]) gern im Deutschen Vorentwurf berüchksichtigt gesehen hätte, nämlich die Anerkennung: „daß es genügt, die Mitwirkung bei einer Straftat je nach der individuellen Verschuldung der Beteiligten zu werten."

Da, wie bekannt, das Norwegische Strafgesetzbuch die Beihilfe nicht kennt, so entfällt bei ihm selbstverständlich auch eine besondere Strafsanktion, trifft aber infolge der Verselbständigung aller Teilnahmearten die Beihilfe in facto mit der Täterstrafe auf eine Linie. Schon dieser Widerspruch ist oben beleuchtet, wie er uns bereits oben als Argument für die Unrichtigkeit der Getzschen Verselbständigung gedient hat.

Schlußworte.

Wir kommen zu dem Resultat, daß wir mit der Regelung der Teilnahmelehre, wie sie der Vorentwurf getroffen hat, nicht zufrieden sein können. Die hierin enthaltenen dürftigen Satzungen stehen, wie Binding[3]) mit Recht sagt: zu der imponierenden Größe des Gegenstandes und zu der Fülle der Komplika-

[1]) Hafter: Z. XXX. S. 610.
[2]) von Lilienthal. Z. XXX. S. 249.
[3]) G. S. Bd. 76. S. 89.

tionen, die er bietet, in schneidendem Gegensatz. „Von der großen Bewegung der Wissenschaft auf diesem Gebiete nicht der leiseste Reflex! Vom Standpunkt der Theorie aus seien diese Vorschläge einfach antediluvianisch.“ In der Tat fehlt es dem Vorentwurf, wie Kantorowicz[1]), auch in Bezug auf den Abschnitt der Teilnahme, treffend hervorhebt, völlig an genügender Initiative, er bewegt sich nur in kleinlichen Verbesserungen des heutigen Rechtszustandes. Er kann sich einerseits von den beiden bereits überwundenen Prinzipien: das Wesen aller Teilnahme ist ihr akzessorischer Charakter und der freie Wille ist absolutes Hindernis gegen die Annahme mittelbarer Täterschaft, nicht frei machen, für den Vorentwurf sind die Sätze der akzessorischen Teilnahmenatur und der Kausalität Glaubensbekenntnisse.

Andererseits ist zu beachten völlige Ignorierung der großen Ergebnisse neuerer wissenschaftlicher Forschung. Der Entwurf läßt, wie Binding richtig ausführt, eine klare Erfassung des Täterbegriffs, eine Bestimmung über Mittäterschaft, die Verwertung des „objektiven Tatbestandes“, den Typus des Urhebers, also unentbehrliche Voraussetzungen für eine befriedigende Behandlung von Täterschaft und Teilnahme vermissen. Bedeutet dann aber die Regelung der Teilnahme im Entwurf nicht eine geradezu furchtbare, ungerechte Quittung, welche die Verfasser des Vorentwurfs der deutschen Strafrechtswissenschaft ausgestellt haben? Wenn nicht zu verkennen ist, daß die deutsche Wissenschaft eine große Fülle wertvoller Beiträge zur Behandlung und Neugestaltung der Materie aufweist, unter denen ich an dieser Stelle nochmals den bahnbrechenden Arbeiten Bindings besondere Beachtung schenken möchte, so kann ihr andererseits nicht der Vorwurf erspart werden, — und das mag den Verfassern des Vorentwurfs in gewissem Maße zur Entschuldigung dienen —, daß ihr Gesamtbild hier den Eindruck der Zerfahrenheit macht, so daß noch kürzlich anklagend gesagt werden konnte[2]): „Die Teilnahmelehre ist das dunkelste und verworrenste Kapitel der deutschen Strafrechtswissenschaft.“ Wohl wäre die Wissenschaft berufen gewesen, auf diesem so großartigen, theoretisch ebenso interessanten wie praktisch eminent wichtigen Gebiete der Gesetzgebung siegreicher vorzuarbeiten, als sie getan hat.

---

[1]) Kantorowicz: in Aschaffenburgs Mon.-Schrift VII. S. 257 ff., 309.
[2]) Kantorowicz: a. a. O. S. 306.

So wäre es im Interesse unserer Zukunft tief zu bedauern, wenn die Vorschläge des Entwurfs Gesetzeskraft erlangen sollten. Wenn wir ein neues Strafgesetzbuch schaffen, so wollen wir nicht etwas schnell Vorübergehendes, sondern ein Werk auf die Dauer errichten und ein solches muß die heutige Bildung vollkommen beherrschen, — wenn nicht ihr sogar vorauszukommen suchen.[1]) Falls nicht alle Anzeichen trügen, wird auch das neue Strafgesetzbuch in einer unseren Forderungen weit mehr Rechnung tragenden Weise das Licht der Welt erblicken. Insofern ist schon ein Fortschritt zu verzeichnen, als nach den neuen Beschlüssen der Strafrechtskommission[2]) die Mittäterschaft wieder aufgenommen ist.

Der Vorentwurf ist kein Regierungsentwurf und nicht zur Vorlage an die gesetzgebenden Körperschaften, sondern zunächst zur öffentlichen Beurteilung bestimmt. In dem Bewußtsein, daß es sich um das größte Kunstwerk der Menschheit, um das Wohl und Wehe jedes einzelnen handelt, hat die Wissenschaft von ihm mit größter Spannung Kenntnis genommen. Hoffen wir, daß die hier von ihr in bewundernswertem Eifer und zähem Fleiß eingesetzte Kritik in unermüdlicher, weiterer Arbeit dazu dienen möge, in umbildender und vervollkommender Beeinflussung des Vorentwurfs ein Gesetzeswerk entstehen zu lassen, das seiner heiligen Aufgabe, der Menschheit in Gerechtigkeit zu dienen, in vollstem Maße gerecht wird.

Möge hierbei auch unseren Ideen zum Siege verholfen werden.

---

[1]) Vergl. Kohler: Goltd. Arch. Bd. 58, S. 1.
[2]) No. 22 der D. J. Z. v. 1. Nov. 1911